Anspruch auf Abnahme

bei

Kauf, Dienstvertrag und Werkvertrag

nach gemeinem Rechte und BGB.

Folgen des Verzugs in der Erfüllung dieses Anspruchs.

Inaugural-Dissertation

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Matthäus Rauert.
Referendar

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902

Inhaltsübersicht.

Erstes Kapitel.

Der Abnahmeanspruch nach gemeinem Recht.

§ 1. Begriff der Abnahme (?)

§ 2. Die Abnahmepflicht folgt nicht aus dem Wesen der Obligation.

§ 3. Interpretation der l. 9 D. 19, I.

§ 4. Abnahmeanspruch des Käufers nach gemeinem Recht.

§ 5. Abnahmeanspruch bei den obligationes faciendi.

Zweites Kapitel.

Abnahmeanspruch nach dem BGB.

§ 6. Begriff der Abnahme im BGB.

§ 7. Ist die Abnahme eine selbständige klagbare Pflicht.

§ 8. Abnahmeanspruch bei Kauf, Dienstvertrag und Werkvertrag im Besonderen.

Drittes Kapitel.

Folgen des Abnahmeverzuges.

§ 9. Folgen des Verzuges in der Abnahmeleistung.

§ 10. Verhältnis des Schuldner- und Gläubigerverzuges bei der Abnahme.

Litteraturverzeichnis.

Dernburg, Pandekten, sechste Auflage, Berlin 1900.

Windscheid und Kipp, Pandekten, achte Auflage, Frankfurt a. M. 1900.

Sintenis, das praktische gemeine Recht Bd. II des Obligationsrechts 1861. (2. Auflage Leipzig).

Mommsen, die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der culpa, Braunschweig 1855.

v. Madai, die Lehre von der Mora, Halle 1837.

Wolff, zur Lehre von der Mora 1841.

Ring, die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht 2 Bde. (1871. 1872).

v. Schey, Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österreichischen und gemeinen Rechte.

Hirsch, zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, Leipzig 1895.

Römer, Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht, Bd. 1. Stuttgart 1871.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in Jehrings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 17 S. 261—422.

Windscheid, kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. II S. 106—144. Bd. III S. 253—286.

Treitschke, der Kaufkontrakt 2. Auflage (von F. A. Wengler, Gera 1866).

Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen 1876.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten III, Marburg 1869.

Lamprecht, der Kauf nach hanseatischen Rechtsquellen.

Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts 1885.

Barkhausen, die Klage des Verkäufers auf Abnahme der Ware in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 30 S. 30 f.

Goldschmidt, ebenda S. 58 und 59.

Sprenger, über die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der verkauften Sache nach § 459 Abs. 2 des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich in Gruchots Beiträgen des deutschen Rechts Bd. 34 S. 592 f.

Dankwardt, die locatio conductio operis, in Gerbers Jahrbüchern Bd. 13 S. 299—380.

Oertmann, der Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 24 S. 1 ff.

Koch, die mora creditoris Gött. Diss. 1895.

Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris im gemeinen Recht und im BGB. für das deutsche Reich, Erl. Diss. 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das deutsche Reich.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd. 6. Aufl.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1898.

Dernburg, das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens II. Bd. 1. und 2. Abteilung.

Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 3. Aufl. Berlin 1900.

Enneccerus, das Bürgerliche Recht. Einzelne Schuldverhältnisse, Marburg 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin 1898.

Oertmann, Kommentar zum BGB.: das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse, München 1901.

Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB 1897.

Gierke, Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht.

Schollmeyer, Kommentar zum BGB. II. Recht der Schuldverhältnisse, München 1899.

Bähr, zur Beurteilung des Entwurfs eines BGB. für das deutsche Reich, München 1888.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB. Mannheim 1898.

Laband, zum zweiten Buch des Entwurfs eines BGB. im Archiv für civil. Praxis. Bd. 74 S. 301 f.

Sprenger, die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der verkauften Sache nach § 459 Abs. 2 des Entwurfs eines BGB. für das deutsche Reich, in Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 592.

Kohler, zwölf Studien zum BGB. Der Gläubigerverzug S. 109—255 (veröffentlicht im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 13 S. 149 f.)

Weyl, das Verschulden und die verwandten Begriffe im BGB. § 6 der Verzug, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. XIV S. 117—133.

Krome, die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897.

Rosenberg, der Verzug des Gläubigers in Jehrings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Bd. 43 S. 142—298 (1901).

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB., Jena 1897.

Romeick, zur Technik des BGB. Heft I Fristbestimmung, Stuttgart 1901.

Staub, Kommentar zum allgemeinen Handelsgesetzbuch. 5. Auflage, Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum (allgemeinen) Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Auflage, Berlin 1901.

Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1901.

Fleck, die Verzugslehre und der Entwurf eines Handelsgesetzbuches im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. XII. S. 252 f.

Regelsberger, zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und von dem Einfluß der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältnis in Jehrings Jahrb. Bd. 40 S. 249 f.

Rautmann, Rechte des Verkäufers bei mora accipiendi des Käufers nach gemeinem Recht und Handelsrecht. Gött. Diss. 1889.

Schmidt-Scharff, Wirkungen der mora accipiendi des Käufers nach gemeinem und nach Handelsrecht Gött. Diss. 1891.

Michelsen, die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der Ware nach gemeinem Civilrecht und Handelsrecht. Erl. Diss. 1897.

Bernstein, die mora creditoris nach gemeinem Rechte und dem Rechte des BGB. für das deutsche Reich. Greif. Diss. 1900.

Bückler, Unterschied zwischen Leistungsbereitschaft und Leistung. Erl. Diss. 1897.

Saenger, der Verzug beim Kauf nach heutigem Recht unter Vergleichung des alten Handelsrechts. Leipzig. Diss. 1902.

Schanzenbach, Giebt es oder in wie weit giebt es in gegenseitigen Verträgen eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung? Erl. Diss. 1898.

Erstes Kapitel.

§ 1.

An der Unsicherheit, die bezüglich der Behandlung der „Abnahme" in der gemeinrechtlichen Litteratur und Praxis herrschte, ist nicht zum Mindesten der Mangel einer klaren Abgrenzung des Begriffs „Abnahme", insbesondere gegenüber der „Annahme", schuld. Die Identifizierung der „Abnahme" mit der „Annahme" hatte ihren Grund in der Art, wie man teilweise die Abnahmepflicht, bei dürftigem resp. fehlenden Quellenmaterial, zu begründen suchte. Man glaubte aus dem Wesen der Obligation folgern zu können, daß der Gläubiger allgemein zur Annahme verpflichtet sei. Beim Kauf also, daß der Käufer nicht nur den Kaufpreis zahlen, sondern auch die gekaufte Sache, als Erfüllung annehmen müsse. Worin solle aber beim Kauf die Annahme anders bestehen als in der Abnahme der gekauften Sache?

Mit der Annahmepflicht hatte man also zugleich die Abnahmepflicht nachgewiesen. Als man aber nachher hiervon abging und nur darnach fragte, ob der Käufer verpflichtet sei, die Sache wegzunehmen, den Verkäufer von der Last des Gewahrsams zu befreien, behielt man diese Terminologie bei. Es wurden allerdings auch

Ausdrücke wie „Übernahme", „Empfangnahme", „Wegnahme" und „Abnahme" in Anlehnung an das preußische ALR. (I 11 § 215) und das alte HGB. (Art. 346) gebraucht, aber dieses geschah willkürlich und ohne daß man sich über den Unterschied der beiden Begriffe klar war. Erst das BGB. hat darin Wandel geschaffen und deutlich zum Ausdruck gebracht, daß es unter „Abnahme" und „Annahme" etwas Verschiedenes verstanden haben will. Es ist aber für die Behandlung der zur Erörterung stehenden Fragen besonders mit Rücksicht auf die vielen verschiedenen Ansichten, die im gemeinen Recht vertreten wurden, unerläßlich, sich eine Grundlage zu schaffen, um alle diese Ansichten würdigen und kritisieren zu können. Wir gehen im Folgenden davon aus, daß Annahme regelmäßig „Annahme als Erfüllung", daß es jener Akt ist, durch den der Gläubiger seinerseits zum Erlöschen des Schuldverhältnisses mitwirkt; daß dagegen die „Abnahme" die körperliche Wegnahme einer Sache aus dem Gewahrsam des Schuldners ist.

Wir sind uns hierbei wohl bewußt, daß dies vorgegriffen ist. Der Unterschied bei der Behandlung derartiger Fragen wie der unsrigen nach gemeinem Recht und dem BGB. liegt darin, daß man nach dem BGB. von dem Begriff ausgehend die rechtliche Natur eines Rechts untersuchen kann, während im gemeinen Recht, dessen Hauptquelle das corpus juris civilis ist, naturgemäß ein anderer Weg eingeschlagen werden muß. Hier muß das zu behandelnde Recht erst induktiv aus den zahlreichen Entscheidungen der römischen Juristen gewonnen werden, erst dann kann man an eine Begriffsbestimmung gehen.

Auch wir wollen diesen Weg einschlagen, glaubten aber obige sich an das BGB. anlehnende Begriffsbestimmung aus dem Grunde vorwegschicken zu müssen, weil dadurch unsere Aufgabe wesentlich vereinfacht wird.

§ 2.

In den älteren Lehrbüchern namhafter Pandektenschriftsteller wie Puchta, Mühlenbruch, Keller, Vangerow wird die Abnahmepflicht des Käufers nicht erwähnt. Diese Autoren sind offenbar der Ansicht, daß das römische Recht eine solche Verbindlichkeit des Käufers nicht kannte. Als aber die vielgestaltige Praxis Verhältnisse erzeugte, die eine derartige Pflicht notwendig machten, da trat an die Wissenschaft die Aufgabe heran, der Praxis das Rüstzeug in die Hand zu geben, mit dem sie diesen Anforderungen gerecht werden konnte, ihr die Gesetzesbestimmungen zu zeigen, die diese Pflicht regelten, den Umfang dieser Pflicht abzugrenzen und ihre Stellung im Rechtssysteme zu finden. Diese Aufgabe wurde denn auch mit vielem Eifer aufgenommen und ihre Lösung auf mannigfachem Wege versucht. Wir wollen zuerst die schon oben erwähnte Ansicht prüfen, nach der eine Abnahme- (Annahme-) Pflicht aus dem Wesen der Obligation zu folgern ist.

Wolff,[1] der Begründer dieser Lehre, sagt:

„Wie der creditor berechtigt ist, von dem debitor die Erfüllung der Verbindlichkeiten zu fordern, so ist auch der debitor berechtigt von

1) Zur Lehre von der Mora S. 406.

dem creditor die Befreiung von dem obligatorischen Nexus durch Annahme des Objektes der Obligation zu verlangen."[1]

Daraus folgert er dann, daß die Nichtgewährung dieses Verlangens culpa involviere und daher mora creditoris begründe. Die weitere Konsequenz hiervon wäre das Recht des Schuldners gegen den Gläubiger auf Annahme zu klagen. Allerdings zieht Wolff[2] im Widerspruch mit seinen vorhergehenden Ausführungen (S. 466) diesen Schluß nicht, sondern gewährt allgemein dem Schuldner ein Retentionsrecht für die durch die Nichtannahme ihm verursachten Kosten und gestattet ihm nur als negotiorum gestor auf Ersatz seiner Auslagen zu klagen.

Während auch die meisten anderen Schriftsteller, welche eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers annehmen, eine Klage auf Annahme als mit den Quellen unvereinbar ablehnen, lehrt Römer von seinem Standpunkt durchaus folgerichtig,[3] daß der Gläubiger auf Erfüllung dieser Mitwirkungspflicht verklagt werden könne. Auch das ROGG. (XI S. 155) teilt diesen Standpunkt, wenn es einen Fabrikherrn, welcher mit einem Unternehmer einen Vertrag über die Umänderung seiner Kalköfen abgeschlossen hatte, verurteilte, „dem letzteren die nach dessen System noch nicht umgeänderten Öfen zum Umbau nach seinem System zu übergeben."[4]

1) vgl. Busch Archiv XIX. S. 106, von Madai S. 228.

2) S. 400, Anm. 382.

3) Abhandlungen aus dem römischen Rechte, dem Handels- und Wechselrecht I S. 143, 148.

4) vgl. auch ROGG. XVI. S. 204—206.

Daß diese Auffassung den Quellen gegenüber unhaltbar ist, hat besonders Mommsen in seiner „Lehre von der Mora" S. 134 f. nachgewiesen. „Der Gläubiger wird durch die Obligation nicht in gleicher Weise zur Annahme verpflichtet, wie der Schuldner zur Erfüllung. Es steht ihm vielmehr frei, ob er die Herrschaft, welche das obligatorische Verhältnis ihm einräumt, ausüben will oder nicht. Eben deshalb wird dem Schuldner auch keine Klage auf Annahme gegeben, derselbe wird vielmehr durch andere Mittel gegen die Nachteile, welche die Zögerung des Gläubigers für ihn haben kann, gesichert." Aber nicht nur Römer und das Reichsoberhandelsgericht sind damit zurückgewiesen, sondern auch alle die, welche eine culpa des Gläubigers als Voraussetzung der mora creditoris lehren. Denn wenn auch nicht bestritten werden soll, daß eine Verschuldung möglich ist, ohne daß die Verletzung eines subjektiven Rechts vorliegt,[1] so muß doch gesagt werden, daß dann das Verschulden das Recht nicht interessiert. Für das Verschulden innerhalb eines Vertragsverhältnisses, muß jedenfalls als wesentliches Merkmal eine Rechtsverletzung gefordert werden. Die unerlaubten Handlungen und andere Fälle selbstständiger Schadenshaftung können hier nicht geltend gemacht werden, bei ihnen hat das Verschulden einen anderen Charakter.[2] Es ist auch nicht überzeugend, wenn Rosenberg (S. 204) sich für die

---

1) Vgl. v. Liszt § 36.

2) Vgl. Fischer-Henle zu § 276, Endemann Bürgerl. Recht S. 580.

gegenteilige Ansicht auf die §§ 1297 und 1299 BGB. beruft. In den Beratungen der 2. Kommission[1] wurde ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß im § 1299 das Wort „Verschulden" nicht in dem sonst angenommenen technischen Sinne gebraucht werde und man schlug vor, statt von einem Verschulden von einem „Verhalten" des anderen Verlobten zu reden. Auch der § 285 kann uns nicht darüber täuschen, er fordert eben, daß zu der Rechtsverletzung noch ein weiteres Moment hinzukommen muß, und das steht nicht mit unserer Ansicht im Widerspruch.

Wenn also die römischen Juristen lehren, daß zum Eintritt der Wirkungen der mora creditoris eine culpa erforderlich ist, so gehen sie davon aus, daß der Gläubiger ein subjektives Recht verletzt habe und dieses Recht kann kein anderes sein, als das Recht des Schuldners auf Annahme.[2]

Da die Frage, ob zum Annahmeverzug ein Verschulden gehört, im gemeinen Rechte bestritten ist, müssen wir hier darauf eingehen.

Bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts, war allgemein anerkannt, daß zum Eintritt der Wirkungen des Gläubigerverzuges Verschulden gehöre. Schoemann[3] war der erste, der das Erfordernis einer culpa für den Eintritt der mora creditoris bestritt. In neuerer Zeit ist dies von Kohler in Ihers Jahrbuch Band 17

1) Prot. IV. S. 7.

2) Kohler Iher. Jahr. 17 S. 2409; auch Mommsen, die Lehre von der Mora S. 134. Hirsch zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug S. 216.

3) Lehre vom Schadenersatz Teil I S. 12 ff.

S. 261 ff. weiter ausgeführt und mit zahlreichen Quellenstellen begründet worden. Seitdem fand diese Lehre immer mehr Anhänger.[1]

Die in Betracht kommenden Quellenstellen lassen zum mindesten nicht deutlich ein Schuldmoment erkennen. Das geben auch die Anhänger der sogen. Kulpatheorie zu.[2] Besonders umstritten ist die l. 72 pr. D. 46, 3, welche Anhänger und Gegner der Kulpatheorie als Beweismittel für ihre Ansicht anführen.

Die hier interessierenden Sätze lauten:

Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa quia non teneretur, si creditor accipere voluisset.

v. Schey[3] legt besonderen Nachdruck auf das voluisset und gelangt unter Bezugnahme auf zahlreiche Quellenstellen, die ebenfalls das „accipere noluisset" gebrauchen, zu der Ansicht, daß den römischen Juristen das Vorhandensein eines subjektiven Moments in dem Verzug als etwas durchaus Natürliches erschien.

---

1) Vgl. Rosenberg in Ihers. Jahrb. Bd. 42 S. 294—208 und dort Citierte. Hirsch a a. O. S. 215 f. Lamprecht a. a. O. S. 41. Sintenis II S. 197 Anm. 50, Demelius in Grünhuts Ztschr. Bd. XII S. 458 f.

2) Vgl. Windscheid § 345 Note 9.

3) Begriff und Wesen der mora creditoris im österr. und im gem. Recht S. 79.

In dem bloßen velle kann man aber schwerlich ein Schuldmoment finden, denn was jemand aus freier Entschließung thut, ist doch darum noch nicht schuldhaft. Wenn auf das Moment der Willkür Nachdruck gelegt werden soll, so verdient doch die Ansicht Mommsens den Vorzug, nach der die Nichtannahme der offerierten Leistung nur dann eine mora des Gläubigers begründet, wenn sie eine willkürliche ist.

Diese Ansicht verwirft aber v. Schey (a. a. O. S. 20 f.) selbst mit Recht. Der Schluß aus Mommsens Theorie wäre auch, daß es im römischen Recht ein Mittelding zwischen casus und culpa gegeben habe, und vor diesem Schluß hätte sich Mommsen wohl selbst gescheut. Wenn aber die Frage nach dem Rechtsgrunde der an die mora geknüpften Folgen aufgeworfen wird, so kann man da nur entscheiden, ob er lediglich in der Erfüllungsbereitschaft des Schuldners liegt oder ob das Verschulden des Gläubigers diese Wirkungen nach sich zieht.[1] Besonders Dernburg beruft sich auf einen anderen Passus dieser lex, es sind dies die Worte „sine justa causa."

Dies kann aber sehr wohl ohne Rücksicht auf Entschuldigungsgründe des Gläubigers gesagt werden und sich nur auf die objektiven Voraussetzungen der Erfüllungsbereitschaft des Schuldners beziehen. Das wird sogar von vielen Anhängern der Kulpatheorie zugegeben.[2]

---

1) Vgl. v. Schey a. a. O. S. 21. Rosenberg a. a. O. S. 208.
2) Vgl. Windscheid § 345 Note 9, v. Schey a. a. O. S. 78.

Eine weitere Stütze für ihre Lehre finden die Anhänger der Kulpatheorie in l. 37 D. 17, 1, wo Afrikanus sagt,

— — nisi forte aut per promissorem steterit, quo minussua die solveret aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustatio sua prodesse debet. Hierin ist gesagt, daß bei Stipulationen die Sache nach dem Werte der Klageerhebung zu schätzen sei, wenn nicht entweder Schuldner- oder Gläubigerverzug vorliege, denn keiner von beiden dürfe aus seinem Verzug Nutzen ziehen. Man argumentiert nun, da frustratio schuldhafte Verzögerung bedeute, sei durch die Gleichstellung der mora creditoris und debitoris zum Ausdruck gebracht, daß zum Eintritt der Wirkungen des Gläubigerverzuges ein schuldhaftes Verhalten des Gläubigers Voraussetzung sei.

Frustratio ist aber derselbe neutrale Ausdruck wie unser „Verzug," welche Voraussetzungen dieser hat, ist damit garnicht gesagt und es lag auch für den Juristen kein Grund vor, diese genauer darzulegen „Ebenso hätte man argumentieren können, daß zu einer frustratio Mahnung gehörte, mithin wäre dies auch bei der anderen nötig."[1]

Auch Windscheid hält diese Beweisführung nicht für überzeugend,[2] er meint zwar daß frustratio regelmäßig die Bedeutung einer „nachlässigen, säumseligen (?) Verzögerung" hat, hält aber das Wort frustratio in l. 37

1) Kohler Gläubigerverzug S. 111 vgl. Mommsen a. a. O. S. 223.

2) a. a. O. S. 22 .

keineswegs hinreichend wichtig und bedeutend, um hieraus allein die Richtigkeit der eine culpa auf Seiten des Gläubigers als Voraussetzung der mora erfordernden Lehre zu folgern. Wenn nach dem Vorstehenden die Quellenzeugnisse, auf welche sich die Verteidiger der das Erfordernis der culpa auf seiten des Gläubigers fordernden Lehre beziehen, nicht Stand halten, so können doch andererseits Aussprüche der römischen Juristen herangezogen werden, die das Erfordernis der culpa direkt leugnen. Besonders häufig bedienen sich die Quellen zur Kennzeichnung des Gläubigerverzuges des Ausdrucks „per creditorem stet quominus solveretur." Hierin wird ein Schuldmoment schwerlich zu finden sein. Das wird um so deutlicher, wenn man damit die Auslegung zusammenhält, welche obige Worte in l. 18 pr. D. 13, 5 erhalten. Hier wird deutlich gesagt, daß es zum Eintritt der Wirkungen des Annahmeverzuges einer culpa des Gläubigers nicht bedarf, daß diese Wirkungen auch dann Platz greifen, wenn der Gläubiger durch Krankheit, Gewalt oder Naturereignisse an der Empfangnahme verhindert ist.[1] Mit noch größerer Deutlichkeit läßt sich aber aus l. 3 § 4 D. 19, I erkennen, daß die römischen Juristen eine culpa auf Seiten des Gläubigers nicht zu den Voraussetzungen des Annahmeverzuges rechneten. Hier heißt es — — — — mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat quo minus traderet, praesertim si ommi tempore paratus fuit tradere. Hier will

1) Vgl. Kohler Iher. Jahrb. 17 S. 413, dagegen v. Schey a. a. O. S. 76 u. 77.

Pomponius offenbar erklären, was mora creditoris sei. Wir können nicht unterstellen, daß er bei der Aufzählung der Voraussetzungen eine vergaß, sondern müssen annehmen, daß nach seiner Ansicht zum Gläubigerverzug kein Verschulden nötig ist.[1]

Da die Quellen sonach für die Kulpatheorie keinen Anhalt bieten, und eine besondere Pflicht des Gläubigers zur Annahme nirgends ausdrücklich statuiert ist, ist ein Anspruch des Schuldners auf Annahme unbegründet und kann folgeweise der Gläubiger nicht zur Annahme gezwungen werden. v. Schey, der selbst Anhänger der Kulpatheorie ist, giebt dies zu, indem er ausführt, daß die von ihm verteidigte Lehre nur dann eine rechtliche Grundlage habe, wenn er eine Rechtspflicht annehme, durch deren Übertretung der Gläubiger schuldig werden kann. Er weist zwar die Statuierung einer Annahmepflicht zurück, behauptet dagegen eine neben und über den speziellen Rechtsverhältnissen schwebende allgemeine Rechtspflicht, die Pflicht niemand zu schädigen. Dieses allgemeine Rechtsgebot äußere sich nun bei der Obligation darin, daß der Gläubiger verpflichtet sei, die Rechtslage des Schuldners nicht dadurch zu verletzen, daß er ihm seine Mitwirkung bei der Librierung versage.[2] Wenn man nun die Richtigkeit des „uralten praeceptum juris" neminem laede zugiebt, so ist damit noch nicht bewiesen, daß der Gläubiger diese Rechtsvorschrift

1) Vgl. Hirsch a. a. O. S. 229 u. S. 230 und Rosenberg a. a. O. S. 206 u. 207.

2) ebenso Munck Gläubigerverzug S. 44.

verletzt, wenn er die Leistung des Schuldners nicht annimmt, dem steht gegenüber, daß die Annahme der schuldnerischen Leistung ein Recht des Gläubigers ist und daß er niemals eine Rechtsverletzung begehen kann, wenn er dies sein Recht ausübt, qui jure suo utitur neminem laedit. (l. 55 D. 50, 17).[1]

In einem andern als dem bisher besprochenen Sinne redet Laband[2] von Annahmepflicht und von einer Pflicht des Gläubigers die vertragsmäßig angebotene Leistung des Schuldners anzunehmen.

Darunter versteht er aber nicht eine Pflicht, deren Erfüllung mit den Mitteln der CPO. erzwungen werden kann, sondern eine solche, deren Nichtbeachtung von Rechtswegen mit Nachteilen verknüpft ist. Ähnlich spricht man auch von einer Verhandlungs-, Einlassungs- und Beweispflicht, weil das Unterlassen dieser Handlungen Rechtsnachteile — den Verlust des Rechtsstreits — nach sich zieht.[3] Dieser Terminologie können wir uns keineswegs anschließen, weil es nicht zu billigen ist, daß man für zwei ganz verschiedene Begriffe dasselbe Wort gebraucht. Der Fehler beruht augenscheinlich auf einer Verwechselung der wirtschaftlichen Pflicht mit einer Rechtspflicht. Auch kann man sich hier nicht auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens stützen, wie das in solchen Fällen oft geschieht. Es hat Nachteile für mich im Gefolge, wenn ich nicht zur rechten Zeit zur table d'hôte erscheine — ich muß das bestellte Diner

1) Vgl. Hirsch a. a. O. S. 173 Rosenberg a. a. O. S. 203 Kohler Gläubigerverzug S. 123.

2) Archiv für civil. Praxis Bd. 70 S. 305.

3) Vgl. Rosenberg S. 252.

bezahlen und bekomme nichts. — man wird aber dennoch nicht von einer „Pflicht“ des Gastes sprechen, zur table d'hôte zu erscheinen; oder es hat Nachteile für mich, wenn ich nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist meinem Schuldner einen Zahlungsbefehl zustellen lasse, eine „Pflicht“, die laufende Verjährung zu unterbrechen, besteht trotzdem für den Gläubiger nicht. Gerade für unsere Untersuchungen ist es von besonderer Wichtigkeit, zu unterscheiden, ob eine Verletzung einer Vorschrift nur Nachteile für den Verletzenden zur Folge hat, oder ob ihre Erfüllung auf jede Weise und durch jedes Mittel erzwungen werden kann. Wenn man aber ein Wort haben will, welches zum Ausdruck bringen soll, daß der Gläubiger Nachteile erleidet, wenn er das Herrschaftsrecht, welches das Schuldverhältnis ihm gewährt, nicht ausübt, so kann man ja in Anlehnung an die „Beweislast“ von einer „Annahmelast“ sprechen, der Ausdruck Annahmepflicht ist irreführend.

Die Lehre von der Annahmepflicht ist demnach nicht haltbar, das wurde im gem. Recht auch allgemein anerkannt.[1] Aber wenn man wirklich die Annahmepflicht konstruiert hat, wie folgt daraus eine Abnahmepflicht? Diese Abnahmepflicht wurde nicht für alle Schuldverhältnisse gelehrt, sondern nur für die, bei denen die Leistung des Schuldners eben eine Abnahme gestattet, also speziell für den Kauf. War der Käufer verpflicht, die gekaufte Ware anzunehmen, d. h. also sein Gläubigerrecht in vollem Umfange auszuüben, dazu mitzuwirken, daß die Sache in seine Vermögenssphäre

1) Vgl. Dernburg II § 43. Windscheid § 345.

überging, so war damit auch a fortiori eine Abnahmepflicht statuiert, indem hierdurch der Käufer seine Annahmepflicht bethätigen mußte.

§ 3.

Schon früh hat man die Haltlosigkeit der im vorigen Paragraphen behandelten Lehre erkannt[1] und sich nach einer anderen Begründung der Klage auf Abnahme umgesehen. Es muß aber betont werden, daß die Untersuchungen dieser Juristen, auf einem ganz anderen Gebiet liegen. Sie prüfen nur, ob die Quellen dem Verkäufer eine Klage auf Abnahme, d. h. thatsächliche Wegnahme, der gekauften Sache geben, sie nehmen aus dem großen Gebiet der einzelnen Schuldverhältnisse nur den Kaufvertrag heraus und suchen speziell für dieses Schuldverhältnis nachzuweisen, daß der Käufer den Verkäufer von der Last des Gewahrsams, sei es in bestimmten Fällen, sei es allgemein zu befreien verpflichtet ist.

Der Streit der verschiedenen Lehrmeinungen innerhalb dieser Richtung dreht sich ausschließlich um die Interpretation der viel umstrittenen l. 9. D. 19, I. Pomponius sagt hier: si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

Mit Barkhausen[2] kann man 3 Hauptrichtungen unterscheiden, nach denen die Ausleger der l. 9 sich gruppieren lassen.

---

1) Vgl. Sintinis II S 197 Anm. 50.
2) Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 30 S. 30 f.

Die einen (Schneppe,[1] Treitschke,[2] Barkhausen,[3] Goldschmidt,[4]) meinen, daß Pomponius hier dem Verkäufer allgemein die Klage auf Abnahme gegeben habe, Sintenis[5] und Wolff[6] vertreten die Ansicht, daß eine Klage auf Abnahme dann begründet sei, wenn der Verkäufer ein Interesse an der Abnahme habe. Diesen Standpunkt hat im allgemeinen die Praxis vertreten, wie die zahlreichen Entscheidungen bei Barkhausen[7] zeigen, aber auch die Ansichten der Schriftsteller, welche dieser Gruppe zuzuzählen sind, gehen häufig weit auseinander, weil nun wieder darüber Streit entsteht, wie das postulierte Interesse beschaffen sein muß.

Eine dritte und letzte Ansicht, welche zuerst von Mommsen[8] vertreten wurde, erkennt auf Grund des Ausspruchs von Pomponius überhaupt keine Klage auf Abnahme an. Den Ausführungen Mommsens haben sich Windscheid[9] und Kohler[10] angeschlossen. Um ein Urteil über die verschiedenen Ansichten zu gewinnen, ist es wichtig zu wissen, wie ihre Vertreter die Frage nach dem Rechtsgrunde der in l. 9 statuirten Klage des Verkäufers auf Abnahme beantworten.[11] Da ist nun

1) Römisch. Privatrecht Bd. II § 463.
2) Kaufkontrakt § 77.
3) a. a. O.
4) Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 30 S. 58 u. 59.
5) a. a. O. S. 603.
6) a. a. O. S. 483—492.
7) a. a. O. S. 33 f.
8) a. a. O. S. 134, Anm. 3.
9) I § 347 Note 1.
10) Jher. Jahrb. 17 S. 275.
11) Vgl. Barkhausen a. a. O. S. 41.

zuerst die Behauptung Wolff's[1] zu prüfen, daß diese Klage im Annahmevorzuge ihren Rechtsgrund habe. Er geht davon aus, daß der morose creditor dem debitor das gesammte Interesse prästieren muß, und wenn der Verkäufer die Sache nur mit Aufwand von Kosten deponieren, verkaufen oder preisgeben kann, dann steht ihm eine Klage zu gegen den creditor auf Annahme, hier gewissermaßen Wegschaffung jenes Objekts.[2]

Dafür scheint aber die l. 9 D. 19. I keinen Anhaltspunkt zu gewähren. Es ist hier nicht davon die Rede, daß der Verkäufer erst durch den Annahmevorzug ein Interesse an der Abnahme bekommen hat, sondern offenbar hat dies Interesse an der Wegschaffung der Steine schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden; nach Wolff könnte aber die Klage nur dann gegeben werden, wenn erst durch den Annahmeverzug das Interesse an der Abnahme entstanden ist.

Weiter aber muß man bedenken, daß es doch nicht zu rechtfertigen ist, daß der Käufer, welcher sein Recht auf Annahme der gekauften Sache nicht ausübt und nicht auszuüben braucht, nunmehr, weil er es nicht ausgeübt hat, dazu gezwungen werden kann es auszuüben! Wozu dieser Umweg? Dann soll man ihn doch lieber gleich zur Annahme und damit zur Abnahme zwingen. Ferner macht Mommsen[3] mit Recht darauf aufmerksam, daß von einer durch die mora des Gläubigers begründeten Klage auf das Interesse nicht die Rede sein

1) a. a. O. S. 483.
2) a. a. O. S. 492.
3) a. a. O. S. 297.

kann, weil die Verweigerung der Annahme von seiten des Gläubigers keine Rechtsverletzung ist.

Ebensowenig kann man den Schriftstellern folgen, welche aus diesem Fragment schließen wollen, daß die Abnahme im röm. Recht eine regelmäßige Vertragspflicht des Käufers gewesen sei. Schon der Thatbestand, welcher der Entscheidung des Pomponius zu Grunde liegt, hätte darauf hindeuten sollen. Man hat hier an Fälle zu denken, bei denen der Kaufpreis nicht das wirtschaftliche Äquivalent der gekauften Sache ist, sondern eine weitere Leistung des Käufers noch zu dem gezahlten Preis hinzukommt, nämlich der Transport der gekauften Sache. Ein Landmann z. B. der den Abfall von einem Städter gekauft hat, ist regelmäßig nach dem Vertrage verpflichtet den Unrat zur rechten Zeit abzuholen. Hier bildet die Entleerung der Abfallbehälter einen wesentlichen Inhalt des Vertrags.[1] Die Steine befinden sich im vorliegenden Falle, wie Kohler[2] hervorhebt, nicht auf, sondern in dem Grundstücke des Verkäufers und der Käufer muß sie erst aus (ex) dem Grundstücke herausholen, um sie in seinen Gewahrsam zu bringen. Der Verkäufer hat hier 2 Verpflichtungen, einmal den Kaufpreis zu zahlen, dann die Steine wegzuschaffen. Es liegt also ein gemischtes Geschäft vor, eines Teils ein Kaufvertrag und andernteils ein Werkvertrag, und der Käufer ist hier zugleich Unternehmer.[3] Auch Windscheid § 347 Note 1, versteht unsere Stelle

1) Laband S. 308,
2) Gläubigervorzug § 140, S. 236.
3) Vgl. Mommsen S. 134 a. a. O.

davon, daß die Verpflichtung des Käufers, dem Schuldner den zu leistenden Gegenstand binnen bestimmter Frist abzunehmen, „durch die das Forderungsrecht erzeugende Thatsache ausdrücklich oder stillschweigend begründet ist". Noch deutlicher betont dies ein Urteil des Königlichen Oberlandesgerichts in Kiel vom 27. Oktober 1884.[1] Diese Entscheidung ist auch um deswillen bedeutungsvoll, weil sie eine allgemeine Annahmepflicht unter folgender zutreffender Begründung verwirft.

Nachdem ausgeführt ist, daß an sich nach Absicht der Parteien die Leistung der einen nur dem Interesse der anderen dienen und deshalb derjenigen Partei, welcher geleistet werden soll, lediglich ein Recht auf diese Leistung eingeräumt wird, nicht aber eine Verpflichtung zu deren Entgegennahme, wird das Fragmentum 9 folgendermaßen ausgelegt:

> „Hier hat der Käufer sich verpflichtet, dem Verkäufer die Steine aus dem Grundstück fortzuschaffen, also eine Verpflichtung übernommen, die nicht schon von selbst in seiner Verpflichtung als Käufer enthalten war, sondern zusätzlich hinzukam und die er selbstredend erfüllen muß."[2]

Den Einwand, daß es dann aber sonderbar erscheine, daß der Verkäufer diese Leistung des Käufers mit der Kaufklage geltend machen könne, da sie außerhalb des Umfangs der Käuferverpflichtungen liege, wird man damit zurückweisen dürfen, daß eine solche Subsumierung

1) Seuffert Bd. 40 Nr. 195.
2) Vgl. Seuffert Bd. 29, 120 Bd. 41 Nr. 98.

verschieden gearteter Vertragsvereinbarungen unter eine Vertragsart im späteren röm. Recht nichts Auffallendes war. Während noch Trebatius und Labeo gegen eine solche Zusammenfassung Bedenken trugen, lehrt Javolomus es in l. 79 D. 18, 1 als geltendes Recht, daß die actio ex vendito auch dann zulässig sei, wenn der Käufer außer dem Kaufpreis zu einer anderen Leistung verpflichtet war und dieser Pflicht nicht nachkam. Dieselbe Ansicht vertritt Pomponius l. 6 § 1 D. 19, 1: ti vendidi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres agam ex vendito ut reficias.[1]

Barkhausen[2] meint, daß hiermit ausgesprochen sei, daß jedesmal, wenn jemand einem anderen ein Recht einräumt und dabei zu erkennen giebt, er wünsche auch die Ausübung des Rechts durch den Erwerber, der Erwerber dadurch die Verpflichtung zur Ausübung des Rechts übernehme.

Das ist damit aber garnicht gesagt. Barkhausen unterstellt seinen Gegnern die Behauptung, daß durch einen derartigen Vertrag die Annahmepflicht begründet werde, die Pflicht das Gläubigerrecht auszuüben, während sie nur sagen, daß in dem Fall der lex 9 der Käufer durch besondere Vereinbarung verpflichtet sei, die gekaufte Sache aus dem Gewahrsam des Schuldners zu entfernen. Ob der Käufer die Steine als Erfüllung annehmen will oder ob er sie blos aus dem Grundstück heraus-

1) Vgl. Endemann S. 707, Anm. 10, Kohler Gläubigerverzug S. 237. Dernburg II § 97, Schanzenbach S. 25, Michelsen S. 10.

2) a. a. O. S. 43.

schafft und dann irgendwo niederlegt, ist gleichgültig, auch ist es ihm natürlich völlig überlassen, einen anderen mit dieser Arbeit zu betrauen.

§ 4.

Wenn sonach die lex 9, richtig verstanden, keine allgemeine Abnahmepflicht statuiert, so ist damit noch nicht die Frage nach der Zulässigkeit der Klage auf Abnahme nach gemeinem Recht entschieden. Das sogenannte gemeine Recht beruht allerdings vorzüglich auf dem römischen Recht, dem corpus juris Justinianei, aber das römische Recht ist doch in Deutschland durch Gesetzgebung und Gewohnheit in manchen Teilen weiter ausgebildet und den Anforderungen des modernen Verkehrslebens angepaßt worden, so daß mit einer Ablehnung der Klage nach römischem Recht nicht nothwendig auf das Fehlen derselben im gemeinen Recht zu schließen ist.

Daß der Verkehr, besonders der Handelsverkehr, vielfach eine solche Klage als nötig erscheinen ließ, zeigen die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts. Das erste Gesetzbuch, welches eine derartige Abnahmepflicht des Käufers aufstellte, war das ALR. § 215 I 11: „Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmäßig zu übergeben, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig". Die Tragweite dieser Bestimmung ist allerdings bestritten. Dernburg[1] und Laband[2] lehren, daß diese Bestimmung nur die Bedeutung habe, den

1) Preuß. Privatrecht II. Aufl. § 150 Nr. 3.
2) a. a. O. S. 306.

Zeitpunkt zu normieren, in welchem die in den darauffolgenden Paragraphen geregelten Wirkungen des Annahmeverzuges eintreten. Es ist das aber weder mit dem Wortlaut noch mit dem Marginale in Einklang zu bringen und daher die Ansicht des Reichsgerichts (Bd. 26, S. 214, Bd. 29, S. 19), welches hierin eine Pflicht des Käufers zur Abnahme der Ware erblickt, durchaus zu billigen. Auch nach Cosack[1] läßt das Pr. LR. an der Verpflichtung des Käufers zur Abnahme keinen Zweifel, „spricht es doch auch dem Verkäufer beim Abnahmeverzuge des Käufers ein Rücktrittsrecht — freilich nur bei Sachen im Werte bis 150 Mark — zu." Daß der Art. 346 HGB. eine Klage auf Abnahme gebe, wurde von der herrschenden Meinung verneint. Das österreichische Gesetzbuch § 1062 und der § 260 des schweizerischen Gesetzbuches gewähren zweifellos diese Klage.

Auch in der gemeinrechtlichen Litteratur und Rechtsprechung ist die Klage auf Abnahme für den Fall anerkannt, daß der Verkäufer ein besonderes Interesse an der Abnahme hat, allerdings nicht allgemein, sondern unter lebhaftem Widerspruch einer dissentierenden Theorie und Praxis. Bei der Begründung dieser Klage kreuzen sich häufig zwei Gedankengänge. Man stützt sich einesteils auf die lex 9, welche für gewisse Fälle eine Abnahmepflicht statuiere, anderenteils auf die lex contractus, wonach eine Abnahmepflicht ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sei. Daß die l. 9 keinen Stütz-

1) Bürgerl. Recht S. 445.

punkt für diese Klage bieten kann, haben wir oben gezeigt, es mag dazu hier noch ergänzt werden, daß, wenn das römische Recht diese Abnahmepflicht allgemein anerkannt hätte, es doch auffallend ist, wenn die Quellen nur einen einzigen Fall erwähnen, in dem diese Pflicht geltend gemacht wird, wobei die singuläre Natur des der Entscheidung des Pomponius zu Grunde liegenden Kaufgeschäfts wohl zu beachten ist.

Aber dennoch finden sich zahlreiche Entscheidungen hoher Gerichte, welche die Klage auf Abnahme — allerdings nur in bestimmten Fällen — auch dann für zulässig erklären, wenn von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung nicht die Rede ist.

Da aber das Gesetz keine Rechtsnorm für die Abnahme aufstellt, so muß entweder die Gewohnheit oder der Gerichtsgebrauch sie geschaffen haben. Wenn wir die Zulässigkeit der Klage auf Abnahme auf einen Gerichtsgebrauch zurückführen zu können glauben, so betonen wir von vornherein, daß diese Entwickelung noch nicht zum Abschluß gekommen war und daß es immer noch Entscheidungen gab, welche an der durch das römische Recht getroffenen Regelung festhielten,[1] wie auch Windscheid[2] eine solche Pflicht nur im Falle einer Parteivereinbarung gelten lassen will. Von einem Gewohnheitsrecht wird man hier deshalb nicht sprechen dürfen, weil die „Abnahme" in den seltesten Fällen als ein selbstständiger Vorgang auftritt sondern vielmehr regelmäßig in Verbindung mit der „Annahme" und

1) Seuffert Bd. 40 Nr. 195 Bd. 40 Nr. 174 Bd. 41 Nr. 86.
2) § 347 Note 1.

weil dann die Abnahme eine Bethätigungshandlung der Annahme ist, so daß es sich nicht feststellen läßt, ob der Käufer, welcher abnahm, dadurch einem Rechtsgebot zu folgen glaubte oder ob er nur sein Recht, die Leistung des Schuldners in Empfang zu nehmen, durch diese Handlung ausübte. In den Fällen aber, wo die Abnahme als selbstständiger Vorgang zu Tage tritt, nämlich dann, wenn der Käufer unter Zahlung des Kaufpreises auf die Ware verzichtet hat, in diesen Fällen versagt die Volksüberzeugung, weil diese Frage für das Rechtsgefühl des Laien zu differenziert ist. Und wenn solche Fragen zu entscheiden waren, wurde wohl faßt immer der Rechtsweg eingeschlagen. „In den Juristen aber bildet sich, eben weil sie der Pflege des Rechts ihre ausschließliche oder vorzugsweise Thätigkeit zuwenden, ein rechtliches Bewußtsein leichter aus, als in den übrigen Gliedern des Volkes.“[1]

Und da machte sich in letzter Zeit in den Urteilen immer mehr eine Richtung geltend, welche die Abnahme als eine aus dem Kauf sich ergebende selbständige Verpflichtung anerkannte.[2] Das Reichsgericht hat sich in mehreren Entscheidungen dahin ausgesprochen, daß die Klage auf Abnahme auch nach gemeinem Recht statthaft sei,[3] wenn ein besonderes Interesse des Verkäufers an der Ware bestand. So sagt es in einer Entscheidung vom 19. Oktober 1892:[4]

---

1) Windscheid § 16.

2) Über die rechtserzeugende Kraft des Gerichtsgebrauchs vgl. Windscheid § 16 am Ende und Dernburg I § 29.

3) Vgl. Bd. V. S. 393, Bd. XVV S. 247.

4) Bd. 30 S. 117.

„nach dem anzuwendenden gemeinen Recht ist das Klagerecht auf Empfangnahme jedenfalls dann gegeben, wenn der Verkäufer ein besonderes Interesse an der Empfangnahme hat."

Freilich beruft es sich, wie faßt alle diesbezüglichen Entscheidungen, zur Erhärtung seiner Ansicht auf die lex 9 D. 19. 1. Es hat aber damit eine Tragweite in den Ausspruch des Pomponius gelegt, die, wie wir wissen, ihm nicht zukommt; auf dem Wege extensiver Interpretation ist damit eine dem corpus juris unbekannte Bestimmung Bestandteil des gemeinen Rechts geworden. Das Apellationsgericht in Leipzig erklärt in einer Entscheidung vom Februar 1871[1] die Klage auf Abnahme sowohl nach römischem als auch gemeinem Recht für zulässig, allerdings begründet es die Zulässigkeit dieser Klage nach gemeinem Recht auch damit, daß es „der Natur der Sache nach,. nicht selten vorkomme, daß auch die Abnahme der verkauften Sache dem Vekäufer von erheblicher Bedeutung ist." Völlig unabhängig von der lex 9 begründete das Oberlandsgericht zu Jena in einer Entscheidung vom 15. Juni 1891[2] die Klage auf Abnahme. Hier finden sich folgende sehr bemerkenswerte Ausführungen:

„Der Satz, als ob allgemein von Kaufrechtswegen den Käufer eine Pflicht zur Abnahme treffe, ist jedenfalls gemeinrechtlich nicht zu halten. Die Entscheidung in dem viel aufgerufenen

1) Busch's Archiv Bd. 25 S. 247.
2) Seuffert Bd. 47 No. 104.

Fr. 9 D. 19 I fußt unverkennbar auf den Spezialvoraussetzungen des entschiedenen Falls. Ebensowenig kann behauptet werden, daß eine Klage wie die gegenwärtige, unter allen Umständen mit dem Wesen des Kaufgeschäfts im Widerspruche stehen müßte."[1]

Dann führt es aus, könnte es zwar niemals ein Recht des Verkäufers sein, daß der Käufer sich die Ware aneigne und in seinen Besitz bringe, wohl aber, daß der Käufer ihn von der custodia über dieselbe und von der damit zusammenhängenden Leistung von Mühe- und Kostenaufwand oder Vorschuß entlaste.

Ähnliche Ansichten sind ausgesprochen in dem Urteil des Appellationsgerichts in Celle vom 21. Oktober 1876[2] und der Entscheidung des Landgerichts zu Bremen vom 9. November 1882.[3]

Auch die Theorie stellte sich in letzter Zeit mehr und mehr auf den Standpunkt der Zulässigkeit der Klage auf Abnahme, wenn auch zugegeben werden muß, daß die Bedenken, welche Kohler in Iher. Jahrb. gegen ihre Geltung vorbrachte, vielfach anerkannt wurden.

Barkhausen, der besonders diese Richtung vertritt, unterscheidet besser als das in der Praxis geschieht, zwischen Abnahme und Annahme, während er darin mit der Rechtsprechung übereinstimmt, daß er die Klage auf

1) Seuffert Bd. 32 Nr. 129.

2) Vgl. Viktor Ehrenberg im Handwb. der Staatswissenschaften II. Aufl Bd. V S. 55: „aus dem Zweck des Kaufgeschäfts ergiebt sich logisch die Pflicht des Käufers die gekaufte Sache dem Verkäufer auf dessen Verlangen abzunehmen."

3) abgedruckt bei Barkhausen a. a. O. 39.

Abnahme in die lex 9 D. 19, 1 hineininterpretiert. Er läßt die Klage schon zu, wenn nur der Kaufvertrag im Allgemeinen gültig ist, er sagt aber (Seite 40) selbst, daß es „ein Bedürfnis der Praxis sei, daß der Klage auf Abnahme nicht zu große Schwierigkeiten in den Weg gelegt werden" und so ist denn bei seiner Interpretation der l. 9 der Wunsch der Vater des Gedankens. Auch Hirsch[1] steht auf diesem Standpunkte, indem er zwischen „Annahme der Leistung allgemein bei Obligationen als einem Recht und der Annahmepflicht soweit es sich um Kauf-Verkauf handelt" unterscheidet und hervorhebt, daß diese Pflicht sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis von sehr beachtenswerther Seite aufgestellt ist. Von einigen Autoren wird auch ausdrücklich gelehrt, daß es eine Klage auf Abnahme zwar nicht im römischen Rechte, wohl aber im gemeinen Recht gegeben habe. So sagt Endemann[2] „daß aus dem Recht auf die Sache auch eine Pflicht entstehen könnte, sie zu nehmen, wurde für das römische Recht entschieden abgelehnt. Indessen hat sich bereits im gemeinen Recht eine Strömung geltend gemacht, wonach der Käufer, insoweit es sich darum handelt, den Käufer von einer kostspieligen custodia zu entlasten, zur Annahme verpflichtet ist." Ebenso Engelmann:[3] „Der Käufer war nach römischem Recht zur Abnahme der Waare berechtigt, aber nicht verpflichtet. Eine solche Pflicht bestand richtiger Ansicht

1) a. a. O. S. 186.
2) S. 707 Anm. 10.
3) 2. Aufl. S. 339.

nach im gemeinen Recht und das BGB. hat sie ausdrücklich ausgesprochen."

Beide Schriftsteller untersuchen nicht, wie eine derartige Umwandlung vor sich ging, da sie aber die l. 9 nicht als Rechtsquelle hierfür auffassen und auch nach ihren eigenen Worten nicht auffassen können, müssen sie entweder auf die Gewohnheit oder den Gerichtsgebrauch diese Klage zurückführen.

§ 5.

Bei den obligationes faciendi erkennen die Quellen ebenfalls keinen Anspruch auf Abnahme an, der Grund ist einleuchtend: Handlungen, Arbeitskräfte, zu denen ja in diesen Schuldverhältnissen der Schuldner verpflichtet ist, können überhaupt nicht abgenommen werden, weil sie nichts Körperliches sind, und daher eine körperliche Wegnahme bei ihnen unmöglich ist. Hier zeigt sich auch deutlich der Unterschied zwischen Annahme und Abnahme. Eine Annahme und damit eine Verpflichtung zur Annahme von Diensten ist sehr wohl möglich, weil dazu nur gehört, daß der Arbeitsherr dem Arbeiter die Möglichkeit giebt, seine Arbeitskräfte in der Vermögenssphäre des Arbeitsherrn nutzbar zu machen. Daß aber eine Verpflichtung zur Annahme dieser Handlungen des Schuldners nicht besteht und bestehen kann, ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt: qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet si per eum non stetit, quo minus operas praestet (l. 38 pr. D. 19 II). Hieraus folgt, daß der Dienstherr zwar zur

Zahlung des Lohnes verpflichtet ist, daß er aber nicht gehalten ist, die Dienste des Verpflichteten anzunehmen (vergl. l. 19 §§ 9 u. 10 D. 19, II),[1] daß aber dennoch unter Umständen, nämlich dann, wenn er in Folge der Dienste etwas für den Dienstherrn erworben hat, der Dienstverpflichtete eine Klage auf Abnahme haben kann, hebt mit Recht Dernburg[2] hervor. Diesen Fall hat Ulpianus l. 12 § 9 D. 17, 1 im Auge, wenn er dem Mandatar die actio mandati contraria für den Fall einräumt, daß dieser in Ausübung seiner Verpflichtung für den Mandaten irgend eine Sache gekauft hat und dieser sie ihm nicht abnehmen will — erit contraria mandati actio, si rem emptam nolis recipere. —

Diese Abnahmepflicht steht auf gleicher Stufe wie die des Vermiethers, Verleihers oder Deponenten nach Ablauf der Mietzeit, der für die Leihe oder das Depositum bestimmten Zeit die gemieteten oder deponierten Sachen zurückzunehmen. Kohler[3] lehrt nun, daß der Rückgabeanspruch des Depositars in dem Eigentum des Deponenten seinen Grund habe, und daß derselbe dann wegfalle, wenn der dominus nicht nur auf den Geschäftsanspruch verzichte, sondern auch die Sache herrenlos mache und den Schuldner vom fremden Eigentum entlaste, das ist aber nicht richtig. Wenn man bedenkt, daß ja auch ein Nießbraucher, Miether oder ein Verwahrer ebenfalls deponieren kann und daß diese dann

1) Seuffert Bd. 8 S. 253, XIX Nr. 226, Bd. 20 Nr. 223, Bd. 40 Nr. 15, Bd. 46 Nr. 256.
2) Bürgerl. Recht II 1. Abt, S. 163.
3) Gläubigervorzug S. 137.

doch gleichfalls auf Rücknahme würden belangt werden können, so sieht man, daß die Theorie nicht haltbar ist. Sie würde auch zu praktisch unerfreulichen Ergebnissen führen. Nehmen wir wirklich an, ein Eigentümer hat eine Sache bei einem Verwahrer, die einen geringen oder gar keinen Tauschwert besitzt und die außerdem schwer und mühsam zu verwahren ist. Der Eigentümer verzichtet jetzt auf sein Eigentum und sagt dem Verwahrer: Du kannst damit machen, was du willst. Damit ist jedoch dem Verwahrer eine Verpflichtung und eine Last auferlegt, die nicht in dem Vertrage begründet war. Der Rechtsgrund der Rücknahmepflicht ist aber der Verwahrungsvertrag und ebenso in der oben wiedergegebenen Entscheidung des Pomponius das Mandatum und ähnlich der Dienstvertrag. Die Quellen sagen zwar nicht direkt, daß der Depositar mit der actio depositi contraria auf Abnahme der Sache klagen kann, oder daß der Dienstherr dem Dienstverpflichteten eine in Ausübung des Dienstes erworbene Sache abnehmen müsse, aber das folgt aus der Haftung beider für omnis culpa[1] der Pflicht des Hinterlegers dem Verwahrer allen Schaden zu ersetzen, den er ihm durch seine Schuld verursacht und ebenso der Pflicht des conductor operarum dem locator operarum die Nachteile, welche letztere durch seine Schuld erleidet, wett zu machen. Die Nichtabnahme ist aber immer eine schuldhafte Unterlassung, denn wenn der Deponent die Wegnahme nicht selbst vornehmen kann, so mag er einen andern damit betrauen und hat er kein Geld, um sich

1) Seuffert 50, 242.

Lagerräume zu mieten, so hat er diesen Umstand gleichfalls zu vertreten.[1] Wenn der Deponent gleichfalls verpflichtet ist, den durch die hinterlegte Sache schuldhaft verursachten Schaden zu ersetzen (l. 62 § 5 D. 47,2 l. 31 D. 13,7), so hat er auch den Umstand, welcher ihn herbeiführt, zu beseitigen, also abzunehmen. Nicht anders ist es beim Dienstvertrage, auch hier muß der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten die Sache, deren Aufbewahrung ihm lästig ist, abnehmen, die Klage, mit der er diesen Anspruch geltend macht, ist die actio locati.[2]

Daß dies aber eine ganz andere Pflicht ist, als die Pflicht die Dienste des Schuldners anzunehmen, leuchtet ein. Auch durch den Werkvertrag wird nach dem römischen Recht der Besteller nur verpflichtet, den vereinbarten Werklohn zu zahlen, er braucht nicht die Herstellung des Werkes zu dulden, wenn er nur den Lohn zahlt. Bei der nahen Verwandschaft der locatio conductio operis mit der locatio conductio operarum im römischen Recht, wendete man die diesbezüglichen Vorschriften des Dienstvertrages analog an.[3]

Sintenis II § 118, lehrt denn auch, daß „der Verdingende vermöge der freien Verfügungsbefugnis über seine Sachen die Verrichtung der Arbeit jederzeit verbieten und also die Verdingung derselben widerrufen kann." Wenn der Unternehmer auch mitunter ein

---

1) § 279 BGB.

2) Vgl. Barkhausen a. a. O. S. 76 und BGB. § 696; auch Sprenger in Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 594.

3) Vgl. Rosenberg a. a. O. S. 272.

großes Interesse daran haben kann, daß er das opus, zu dem er sich verpflichtet hat, auch herstellen darf, etwa um sich dadurch einen guten Ruf zu verschaffen, so muß es doch ausschließlich in das Belieben des Bestellers gestellt werden, ob er das Werk herstellen lassen will, oder nicht. Das Reichsoberhandelsgericht (B. II S. 155) steht in seinem Urteil vom 7. Oktober 1873 auf entgegengesetztem Standpunkt, es nimmt an, daß der Besteller verpflichtet ist dem Unternehmer seine Mitwirkung zur Fertigung der Bauarbeiten zu gewähren und daß, wenn er es nicht freiwillig thut, der exekutionsmäßige Zwang gemäß den Grundsätzen über die Vollstreckung von obligationes faciendi eintreten könne. Dieses Urteil ist aber von allen Seiten gemißbilligt worden.[1]

Wie irrig die Ansicht des ROHGs. ist, zeigt ein Vergleich einer Entscheidung des Badischen OHGs. vom 18. 9. 1875, in der richtig ausgesprochen wurde, daß ein Theaterintendant unbeschadet seines Anspruchs auf volle Zahlung der vertragsmäßigen Vergütung jederzeit seiner Funktion einseitig enthoben werden könne.

Wenn man hier den Einwand des Intendanten berücksichtigen wollte, daß er durch die Leitung des Theaters Ruf und Ansehen würde erworben haben,[2] so hätte die Theaterverwaltung den Regisseur auch dann walten lassen müssen, wenn er durch seine Leitung das ganze Theater heruntergebracht hätte.

---

1) Vgl. Dernburg II § 43 Anm. 2 besonders aber Kohler in Jher. Jahrb. XVII S. 267 f.

2) Kohler, Gläubigerverzug S. 125.

Es ist natürlich möglich, daß im Vertrage stillschweigend oder ausdrücklich vereinbart ist, daß der Schuldner seine Leistung auch machen darf. Ein Beispiel bietet der Bühnenengagementsvertrag, welcher regelmäßig „dem Schauspieler das zum Teil mit Ausschließungsbefugnis ausgestattete Recht auf Bethätigung seiner Leistungen gewährt."[1]

Anders wird die Sachlage, wenn der Unternehmer das opus hergestellt hat, dann ist eine Abnahme möglich, ein besonderes Interesse des Unternehmers an der Befreiung von der Last und Sorge des Gewahrsams denkbar.

Dernburg II § 113 lehrt: „Der Besteller hat das zu Bearbeitende rechtzeitig zu liefern, sowie das vollendete Werk rechtzeitig abzunehmen" Wenn hiermit gesagt werden soll, er ist verpflichtet zu beiden, so ist nach unseren bisherigen Untersuchungen der erste Satz nicht richtig. Wenn es im Belieben des Bestellers steht, ob er von dem ihm durch den Werkvertrag gegebenen Recht, die Herstellung des vereinbarten Werkes zu verlangen, Gebrauch machen will oder nicht — und Dernburg scheint im § 43 Anm. 2 davon auszugehen — so ist er eben nicht verpflichtet dazu. Die Pflicht, das zu Bearbeitende rechtzeitig zu liefern, wäre doch identisch mit der Pflicht zur Annahme.

Anders ist es mit der Pflicht zur Abnahme des hergestellten opus. In den Quellen ist sie allerdings nicht ausgesprochen. Diese reden nur von einer Pflicht

---

1) Opet deutsches Theaterrecht S. 159 fg.

des conductor dem locator das Werk zu „probare“ oder „adprobare.“ l. 62 D. 19, II: rivum quem faciendum couduxeras et feceras, antequam eum probares labes corumpit, tuum periculum est, ebenso l. 37 D. 19, II: si prius quam locatori opus probaretur l. 51 § 1 D. 19, II . . . . si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur. Die Ausdrücke „probare“ und „adprobare“ werden gewöhnlich mit Billigung wiedergegeben. Man hat geglaubt, daß damit eine Verpflichtung des Bestellers, das hergestellte Werk als Erfüllung anzuerkennen, hätte statuiert werden sollen.[1]

In den wiedergegebenen Quellenstellen ist aber dies „probare“ nicht eine Handlung des Bestellers, sondern des Unternehmers, die dem Besteller gegenüber vorgenommen werden muß. Der Unternehmer wird hierdurch verpflichtet, dem locator zu zeigen, daß das Werk dem Vertrage gemäß sei.[2] Daß die Verpflichtung zur Abnahme etwas hiervon ganz Verschiedenes ist, braucht nicht gesagt zu werden. Aber auch wenn man sich auf die l. 60 § 3 D. 19, II und l. 24 pr. D. 19, II stützt und probare gleich „Billigen“ setzt, so ist damit noch nichts für eine Klage auf Abnahme entschieden. In den citierten Quellenstellen muß allerdings probare mit „Billigen“ übersetzt werden. Es ist hier gesagt, daß in den Fällen, wo das Werk nach der Parteivereinbarung

1) Vgl. Windscheid § 401 Arndt §3 15 Dernburg II § 113 o.

2) Vgl. Dankwardt in Gerbers Jahrb. Bd. 19 S. 348 f. und Oertmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 24 S. 33: „efficere ut probaretur.“

vom Besteller oder einem dritten gebilligt werden soll, dies so aufzufassen ist, als wenn abgemacht wäre, daß ein bonus pater familias die Billigung zu erteilen habe. In der l. 60 wird ausgeführt, daß es mit dieser Billigung nicht so genau zu nehmen ist, daß sie vielmehr in jeder Handlung, durch die der Besteller sein Gläubigerrecht bethätigt, zu erblicken ist.

Aus dieser auf Privatautonomie beruhenden Billigungspflicht, wurde im gemeinen Recht eine allgemeine Pflicht des Bestellers das Werk als vertragsmäßig anzuerkennen. Dies ist davon zu erklären, daß das gemeine Recht keine generelle Feststellungsklage kannte.

Hat nun der Besteller diese Pflicht erfüllt, so ist damit noch nicht notwendig das Werk abgenommen. Der Besteller kann das opus als vertragsmäßig anerkennen, zugleich aber darauf verzichten, es abzunehmen. Bei der sogenannten reinen Werkverdingung wird diese Pflicht wohl in den seltensten Fällen akut. Regelmäßig bleibt das Material, aus dem das opus hergestellt werden soll, im Gewahrsam des Bestellers und wenn der Unternehmer es wirklich in seine Obhut, etwa in seine Werkstatt, nimmt, so ist schon aus einem anderen Grunde der Besteller zur Abnahme verpflichtet. Der Unternehmer hat nämlich dann gegen den Besteller einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Aufbewahrung der Materialien entsteht und folgeweise muß der Besteller damit diese Sachen abnehmen.

Was aber den Fall anbelangt, wo der Unternehmer das Werk aus einem von ihm zu liefernden Stoff an-

fertigt, so wird man nach gemeinem Recht ohne weiteres hier die Grundsätze des Kaufes anwenden können, da die Quellen überhaupt derartige Geschäfte als Kauf einer anzufertigenden Sache ansehen (l. 2 § 1 D. 19, II, l 4 J. 3,24)[1]. Es kann deshalb hier auf das oben beim Kauf Gesagte verwiesen werden.

1) Vgl. Windscheid § 401, Dernburg § 113.

Zweites Kapitel.

§ 6.

Der Streit über die Zulässigkeit der Klage auf Abnahme hat auch noch in der Entstehungsgeschichte des BGB. seine Rolle gespielt. Wie so viele Bestimmungen des ersten Entwurfs wurde auch der § 459 II, der die Abnahmepflicht des Käufers statuierte, lebhaft bekämpft.[1] Nichtsdestoweniger ist diese Vorschrift in das BGB. übergegangen und nunmehr trifft der § 433 II dieselbe Regelung: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

Trotz des klaren Wortlauts besteht über diese Bestimmung kein allgemeines Einverständnis. Der Streit bewegt sich in zwei Richtungen. Einmal streitet man darüber, ob der Begriff der Abnahme beim Kauf (§ 433 II) und beim Werkvertrag (§§ 640, 641, 644, 645, 646, 636) derselbe ist. Und weiter ist man über die rechtliche Natur der durch diese Paragraphen dem Käufer und Besteller auferlegten Pflicht uneinig.

1) besonders von Laband Archiv für civil. Praxis Bd. 74 S. 303—312.

Was den Begriff „Abnahme“ anbelangt, ist soviel klar und auch durchweg unbestritten, daß das BGB. unter „annehmen“ und „abnehmen“ etwas Verschiedenes versteht.[1] Zu behaupten, daß sich die Begriffe decken, hieße auch dem Gesetzgeber den Vorwurf einer schlechten Terminologie machen, denn wozu frommt es, für denselben Begriff verschiedene Worte zu wählen! Man vergleiche den § 644 I: Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über.“

Was nun aber „Annahme“ und „Abnahme“ bedeuten, sehen wir hieraus nicht. Es ist nötig, diese Begriffe aus dem Gesetz zu entwickeln.

Für uns kommt nur die Annahme in Betracht, welche in der Verzugslehre eine Rolle spielt, die Annahme im Sinne eines Acceptes, im Sinne einer Willenserklärung, durch die ein Vertrag zu stande kommt, gehört in ein anderes Gebiet. Die Annahme, mit der wir es zu thun haben, bezeichnet diejenige Handlung des Gläubigers, durch welche er zur Erfüllung und damit zur Tilgung einer Obligation mitwirkt. Unter dieser „Annahme“, die besonders in den §§ 293 f., 283 und 363 gebraucht wird, ist nun mit der herrschenden Meinung die „Annahme als Erfüllung“ zu verstehen.[2] Damit ist nicht gesagt, daß in diesem Vorgang auch

---

1) Vgl. Cosack S. 521.

1) Vgl. Rosenberg a. a. O. S. 254 Planck zu § 363, Schollmeyer Note 2 zu § 363, vgl. auch Lehmann-Ring S. 99 Nr. 5 der „Abnahme“ und „Annahme der Traditionsofferte“ unterscheidet.

zugleich eine Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der Leistung und ein Verzicht auf Geltendmachung von Mängeln liegt, wie das der § 363 zeigt, mit dem unsere Begriffsbestimmung sicher übereinstimmt.[1]

Nicht so einfach ist die Auslegung des Wortes „abnehmen". Ueber den Begriff „abnehmen" im § 433 II besteht zwar im wesentlichen eine Meinung, nämlich, daß es die „thatsächliche Wegnahme" bedeute, um so bestrittener ist die Bedeutung der „Abnahme" beim Werkvertrag (§ 640,1). Übrigens ist es nicht richtig zu sagen, der Begriff der Abnahme in § 433 II sei unbestritten.[2] Es giebt auch Schriftsteller, welche von dieser Begriffsbestimmung abweichen.

Cosack,[3] der unter „Abnahme" beim Kauf und beim Werkvertrag dasselbe versteht, hält die Abnahme (also auch im § 433 II) für diejenige Annahme, die den Käufer resp. Besteller zur Untersuchung der gekauften Sache resp. des hergestellten Werkes in Stand setzt. Tränkner[4] schreibt: „unter Abnahme ist nicht blos die Annahme, sondern die thatsächliche Wegnahme der Ware zu verstehen." Gareis[5] äußert ähnlich: „Die Empfangnahme[6] ist eine mit dem Willen und der Wirkung geschehene Annahme, daß die übersandte Ware als richtige Erfüllung des Kaufsgeschäfts seitens des Verkäufers gelte und so auch vom Käufer angesehen werde. Zu einer

1) Vgl. Rosenberg a. a O.
2) So Rosenberg a. a. O. S. 256.
3) Bürgerl. Recht S. 521.
4) Sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß 1899 S. 87.
5) Das deutsche Handelsrecht S. 529.
6) Hierunter versteht er offenbar die „Abnahme" des § 433 II.

solchen Empfangnahme ist der Käufer verpflichtet." Auch Endemann[1] und Schollmeyer[2] anerkennen den Unterschied von Annahme und Abnahme nicht.

Aber diese Ansicht läßt sich nicht halten, abgesehen von dem oben geltend gemachten Grunde schon der Konsequenzen wegen. Man bedenke, wenn der Schuldner auf Erfüllung seiner Abnahmepflicht verurteilt wird und er dieser Pflicht dennoch nicht nachkommt, er durch Geldstrafe bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mark oder durch Haft zur Vornahme dieser Handlung angehalten werden kann; denn nach der Lehre dieser Schriftsteller ist die Abnahme eine Handlung, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann (CPO. § 888, vergl. Beschluß des OLGs. Marienwerder vom 12. Dezember 1894).[3] Ferner gilt für das BGB. dasselbe was oben (S. 20) von dem gemeinen Recht gesagt wurde. Es muß daran festgehalten werden, daß die Annahme der schuldnerischen Leistung durch den Gläubiger ein Recht ist, zu dessen Ausübung er nicht gezwungen werden kann. Wenn aber in die „Abnahme" die „Annahme" mit hineingelegt wird, so ist damit zugleich eine Annahmepflicht konstruiert. Daraus folgt denn eine sofortige Prüfungspflicht des Käufers. Dieses steht aber nicht mit den Intentionen des Gesetzgebers im Einklang, der dem „bürgerlichen" Käufer keine Prüfungspflicht aufbürden wollte.[4] Es ist gerade ein großes Verdienst des BGB., daß es zwischen

1) Seite 791 Anm. 28.
2) Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 55 Anm. 3.
3) Seuffert Bd. 50 Nr. 141.
4) Vergl. Prot II S. 317.

„Annahme" und „Abnahme" scharf unterscheidet und es ist nicht zu billigen, wenn durch die Interpretation dieser Unterschied wieder verwischt wird.

Wir schließen uns daher der herrschenden Ansicht an, daß „Abnahme" im § 433 II „thatsächliche Wegnahme" sei,[1] ja wir gehen noch weiter und sagen, daß es dieselbe Bedeutung auch beim Werkvertrag insbesondere also im § 640 I habe. Die herrschende Meinung lehrt allerdings, daß „Abnahme" beim Werkvertrag einen andern Sinn hat und versteht darunter die thatsächliche Wegnahme und Billigung. Diese Ansicht hat ihren Ursprung in den Beratungen der 2. Kommission,[2] wo die Mehrheit dahin stimmte, daß „Abnahme" im § 572 (der jetzige § 640) die Bedeutung der „Annahme als Erfüllung" habe. Auch Bähr[3] erklärt sich für die Zulässigkeit der Pflicht zur Anerkennung als Erfüllung, ebenfalls Gierke[4] und Laband,[5] auf die wohl die Erörterungen über die Frage in der 2. Kommission zurückzuführen sind. Es wurde „auf den Unterschied der Abnahme im § 459 (jetzt § 433 II) und § 572 (jetzt § 640) hingewiesen und der Redaktionskommission anheimgegeben durch eine Änderung in der Fassung dies zu deutlichem Ausdruck zu bringen." Da

1) Vergl. Prot II S. 53 bei Rosenberg a. a. O. S. 256 Anm. 11 Zitierte; außerdem noch Staudinger zu § 433. Dernburg Bürgl. Recht II 2. Abt. S. 432, Emrich, Kauf- und Werklieferungsvertrag S. 87, Enneccerus S. 287. Neumann zu § 433.

2) Prot II 316 u. 317.

3) Zur Beurteilung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches S. 80.

4) Entwurf S. 247 u. u. 248.

5) a a. S. 308.

nun die Redaktionskommission diese Änderung nicht getroffen hat, bleibt es der Wissenschaft überlassen eine sachgemäße Auslegung zu suchen. Die meisten Schriftsteller sind nun Planck gefolgt, der — natürlich unter selbständiger Begründung — der Mehrheit der 2. Kommission beigetreten ist.[1] Er motiviert seine Ansicht damit, daß die Pflicht zur Anerkennung im Interesse des Unternehmers liege und den Lebensverhältnissen, sowie den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend sei. Wenn man aber geltend macht, daß der Unternehmer ein dringendes Interesse an der Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der Leistung hat, so darf man doch auch nicht die Interessen des Bestellers unberücksichtigt lassen. Bürdet man dem Besteller die Pflicht zur Billigung auf, so zwingt man ihn damit zur Prüfung des hergestellten Werkes und dies ist für ihn eine große Last. Er ist regelmäßig nicht fachkundig wie der Unternehmer, und wird daher bei seiner Prüfung leicht Fehler übersehen, besonders wenn der Unternehmer mit Rücksicht auf die Folgen, welche die Abnahme hat, darauf dringen wird, daß sie möglichst bald geschehe. So wird der Besteller zu leichtfertiger, übereilter Prüfung gedrängt Warum auch diese Pflicht? Der Unternehmer hat das Werk vertragsmäßig herzustellen, der Besteller ist, wenn ihm der Unternehmer das vollendete Werk zur Verfügung stellt, ohne Weiteres zu der Annahme berechtigt, daß er ein fehlerfreies Werk erhalte.[2] Der Unternehmer wird auch regelmäßig als

1) Vergl. Planck zu § 640.
2) Vergl. Prot. II. S. 317.

Sachverständiger eher im Stande sein, die Vertragsmäßigkeit des Werkes darzuthun, wie das auch das römische Recht in Wirklichkeit von ihm forderte.[1] Weiter kommt hinzu, daß mit dieser Auslegung durchaus nicht immer den Interessen des Unternehmers gedient wird. Nach § 638 beginnt die Verjährung der Mängelansprüche mit der Abnahme. Macht der Besteller bei der Abnahme irgend einen, wenn auch unwesentlichen Mangel geltend, so hat er damit nach Planck das hergestellte Werk nicht abgenommen. Die Verjährungsfrist beginnt nicht zu laufen, die Gefahr des opus geht gemäß § 644 nicht auf den Besteller über, die Vergütung, welche dem Unternehmer bei der Abnahme zu entrichten ist, wird nicht fällig.

Der von der zweiten Kommission angeführte Grund, daß bei großen Werkverdingungen und überseeischen Lieferungen eine Pflicht zur Anerkennung unerläßlich sei, wurde mit Recht von anderer Seite damit zurückgewiesen, daß es sich hier regelmäßig um eine vertragsmäßige Verpflichtung des Bestellers handle, das Werk bei der Abnahme zu prüfen und zwar mit ordnungsmäßiger Sorgfalt zu prüfen.[2] Im allgemeinen soll nämlich nach der HM. der Besteller das Werk garnicht einer eingehenden Prüfung unterziehen und demgemäß das Werk abnehmen oder ablehnen, sondern er soll nur oberflächlich das Werk besichtigen und dann es „formell als vertragsmäßige Erfüllung anerkennen." Es ist aber nicht einzusehen, zu welchem Ende dieses Moment in die

1) Vergl. oben § 5.

2) Port II S. 319, Planck zu § 640 1 d.

„Abnahme“ hineingelegt wird. Entweder der Besteller ist verpflichtet das Werk unter Verzicht auf die bei sorgfältiger Prüfung erkennbaren Mängel zu übernehmen — wobei natürlich solche Mängel, die der Unternehmer arglistig verschwiegen hat, dennoch auch später geltend gemacht werden dürfen — oder er muß es bloß wegnehmen und darf in der Folge hervortretende Mängel beliebig geltend machen. Dafür spricht auch noch die Bestimmung des § 638, denn die hierin ausgesprochene Verjährungsfrist, ist zugleich eine „Gewährfrist“ und dient dem Interesse beider Parteien. Wenn aber der Besteller zur sofortigen Billigung verpflichtet ist, sind die Rechte, welche ihm der § 638. BGB. doch gewähren will, dadurch wieder illusorisch gemacht.

Wenn der Besteller das hergestellte Werk thatsächlich wegnimmt, so ist damit dem Interesse des Unternehmers in den meisten Fällen genügt, will er aber, daß das Werk als auf den ersten Blick vertragsmäßig erscheinend anerkannt werde, so steht ihm die Feststellungsklage aus CPO. § 256 zu. Das übersieht man häufig, besonders Enneccerus,[1] der auf den historischen Zusammenhang der Abnahme mit der römischen Adprobation hinweist. Im gemeinen Recht hatte allerdings die Pflicht des Bestellers zur Billigung ihre Bedeutung, denn hier (vor dem 1. Oktober 1879) gab es keine allgemeine Feststellungsklage. Aber auch im gemeinen Recht hatte man, wie wir oben § 5 gezeigt haben, zu unterscheiden zwischen der Billigung und der Abnahme (vgl. Dernburg II § 113). Die Billigungspflicht ist nun

1) Das bürgl. Recht § 287 Anm. 1 u. 2.

vom BGB. aus den oben angeführten Gründen nicht statuiert und es besteht in Anbetracht des Rechts des Unternehmers nach § 256 CPO. auf Feststellung der Vertragsmäßigkeit des Werkes zu klagen für die Einräumung einer besonderen „klagbaren" Billigungspflicht, keine Veranlassung.

Unsere „Abnahme" steht aber auch mit allen Paragraphen des II. Buches 7. Abschnitts 7. Titels durchaus im Einklang und gestattet eine gleichmäßige Auslegung des Wortes. Auf den § 623 wurde schon verwiesen. Auch mit der Ausnahme des § 640, I (§ 646) ist der von uns gefundene Begriff wohl vereinbar. Der Besteller ist danach verpflichtet das hergestellte Werk thatsächlich wegzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes diese Wegnahme ausgeschlossen ist. Unter diese Ausnahme fallen danach nicht nur die immateriellen Werke (Gesangsvortrag) und Werke, welche bestimmungsmäßig nicht dem Besteller, sondern einem Dritten abzuliefern sind,[1] sondern auch solche Werke, die sich schon bei ihrer Fertigstellung im Gewahrsam des Bestellers befinden (Reparaturen am Hause und im Hause des Bestellers).[2] Diese thatsächliche Wegnahme ist nicht, wie Planck will, mit dem Besitz des Bestellers an dem Werk oder dessen Materialien identisch. Es genügt nicht, wenn er mittelbaren Besitz erwirbt, er muß die Sache aus dem Gewahrsam des Unternehmers herausbringen.

---

1) Ortmann zu § 640, Staudinger zu § 640 Note 4.
2) Emerich a. a. O. S. 88.

Ebenso weit erstreckt sich die Ausnahme des § 640 bei denen, die thatsächliche Wegnahme und Billigung für die Abnahme fordern, denn die Billigung ist bei allen Werken möglich und die Ausnahme wird daher auch bei ihnen solche Werke umfassen, die keine körperliche Übernahme gestatten.[1] Es ist daher der Vorwurf Cosack's a. a. O. S. 521) gegen Planck's Begriffsbestimmung, daß es nach ihr keine Werke gebe, bei denen die Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen sei, unbegründet.

Eine eigene Interpretation findet Enneccerus. (§ 287). Er versteht unter Abnahme beim Werkvertrag bald die Annahme und die Anerkennung als Erfüllung, bald bloß die Anerkennung als Erfüllung, letzteres dann, wenn der Besteller bereits im Besitz des vertragsmäßig hergestellten Werkes ist.

Dann weiß man aber nicht, wie man die Ausnahme zu fassen hat, denn eine Anerkennung als Erfüllung ist doch nicht nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen, wenn der Unternehmer ein Dach zu reparieren, Kloaken zu reinigen, oder einen Weg zu der dem Alpenklub gehörigen Hütte bei Schneefall freizulegen oder einen brüchigen Fabrikschornstein abzubrechen hat.[2] Enneccerus setzt voraus, daß eine Billigung nur denkbar ist, wenn eine Prüfung vorhergeht, daß aber die Prüfung in den genannten Fällen absolut ausgeschlossen ist, kann nicht zugegeben werden, allerdings

1) Vgl. Rosenberg a. a. O S. 257, Oertmann zu § 640 Nr. 2, Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag S. 88.

2) Die beiden letzten Beispiele: Endemann S. 792, Anm. 31.

ist sie sehr schwierig und umständlich, wohl auch mit großen Kosten verknüpft, aber unmöglich ist sie nicht.[1]

Weiter steht zu bedenken, daß das Gesetzbuch für eine Unterscheidung in der Richtung, ob der Besteller im Besitz des hergestellten Werks ist oder nicht, keinen Anhalt bietet.

Man hat gesagt, der Gesetzgeber habe dadurch daß er beim Kauf von der „Abnahme" der gekauften Sache, beim Werkvertrag von der Abnahme des hergestellten Werkes rede, die Verschiedenheit der beiden Pflichten zum Ausdruck bringen wollen.[2] Der Grund der verschiedenen Ausdrucksweise wird aber wohl darin liegen, daß eine Abnahmepflicht der Sachen, der zu verarbeitenden Materialien nicht statuiert werden sollte und brauchte (vgl. oben § 5), daß diese sich schon auf Grund der allgemeinen Regeln des Werkvertrages ergab, daß es vielmehr nur dann einer besonderen Regelung bedurfte, wenn die Materialien umgewandelt waren, nicht mehr dieselbe Sache waren — der Unternehmer etwa Zuthaten geliefert hatte — besonders aber, wenn dieser auch den Stoff des herzustellenden Werkes lieferte.

Rosenberg[3] widerspricht sich, wenn er dort gegen die Argumentation Kohlers, der § 433 II begründe nur eine Klage auf Feststellung, mit Recht geltend macht, Kohler sei nur beizustimmen, wenn „abnehmen" im

1) Ähnlich anscheinend Cosack S. 521 u. Rosenberg S. 257.

2) Planck zu § 649,1, Enneccerus zu § 287, Staudinger § 640 Note 2.

3) a. a. O. S. 247 u. 256.

§ 433 II die Bedeutung „als Erfüllung annehmen" habe und wenn er dann doch später bei der Erörterung der „Abnahme" beim Werkvertrag das unberücksichtigt läßt und mit der herrschenden Ansicht darunter die thatsächliche Hinwegnahme mit der „Billigung als Erfüllung" versteht. Während er selbst nachdrücklich hervorhebt, daß die Annahme der Leistung des Schuldners ein Recht und nur ein Recht des Gläubigers ist, verfällt er hier doch wieder in den alten Fehler, daß die Annahme auch eine Pflicht des Gläubigers sein könne. Es muß gerade ausnahmslos daran festgehalten werden, daß an sich der Gläubiger nicht zur Annahme verpflichtet ist und folgeweise nicht dazu gezwungen werden kann. Das thun wir, indem wir die Abnahme beim Kauf und beim Werkvertrag als die thatsächliche Wegnahme auslegen. Im Resultat stimmen nur Dernburg[1] und Neumann[2] überein, von denen der erstere unter Abnahme beim Werkvertrag gerade wie beim Kauf „die thatsächliche Überführung des vollendeten Werkes an den Besteller" versteht. Unsere Begriffsbestimmung ist aber vorzuziehen, weil sie zugleich ausdrückt, daß die Abnahme eine Handlung des Bestellers resp. des Käufers ist, was aus der Dernburg'schen Definition keineswegs deutlich hervorgeht.

§ 7.

Wie man sich im gemeinem Recht schwer daran gewöhnen konnte die Abnahme von der Annahme scharf

1) Bürgerl. Recht II 2. Abs. S. 432.
2) Zu § 640 vgl. auch Motiv. II S. 489 f. und Prot. II S. 317 f.

zu unterscheiden, so sträubte man sich auch dagegen, die Abnahme als eine „aus dem Vertrage sich ergebende und selbständig klagbare Pflicht“ (Motive II S. 318) anzuerkennen (vergl. oben S. 30 f). Für das heutige Recht wird diese rechtliche Natur der Abnahme von der herrschenden Ansicht zugegeben. Nur Kohler bestreitet, daß die §§ 432 und 640 eine Klage auf Abnahme statuieren. Nach ihm (S. 214) haben sie den Fall vor Augen, daß der Käufer nicht verzichtet aber auch nicht annimmt und nun (S. 201) wird durch den § 433 II eine Klage des Verkäufers gegen den Käufer gegeben, auf Feststellung dessen, daß er befreit ist, diese Feststellungsklage gewährt zwar schon allgemein der § 256 CPO., aber durch die §§ 433 und 640 ist der Nachweis eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung erlassen worden. Dem steht aber der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen. Aus dem Absatz 2 des § 433 kann man bei unbefangener Betrachtung nicht ersehen, daß sich die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises von der Verpflichtung zur Abnahme der gekauften Sache ihrem Wesen nach so grundsätzlich unterscheide, wie Kohler es annimmt. Beide stehen auf gleicher Stufe, beides sind Pflichten, deren Erfüllung mit allen Rechtsmitteln erzwungen werden kann, ein Anhaltspunkt, daß im § 433 II, eine Feststellungsklage liege, kann nicht gefunden werden. Wie kommt dann aber Kohler zu seiner Auffassung? Er hat, wie wir oben zeigten, in seiner Abhandlung in Iher. Jahrb. (Bd. 17 S. 261—422 Annahme und

1) Gläubigervorzug S. 128.

Annahmeverzug) unter Berücksichtigung der römisch- und deutsch-rechtlichen Quellen zum ersten Male[1] ausführlicher nachgewiesen, daß die Annahme der Leistung des Schuldners durch den Gläubiger die Ausübung eines ihm zustehenden Vermögensrechtes ist, daß aber der Gläubiger nicht zur Ausübung dieses Rechts gezwungen werden kann. Weiter, daß dadurch für den Schuldner Nachteile entstehen und daß es Aufgabe der Rechtsordnung ist, hier einzugreifen und dem Schuldner Mittel zu geben sich aus der Obligationsfessel auch ohne Mitwirkung des Gläubigers zu befreien. Sie giebt ihm die Erfüllungssurrogate — ein von Kohler in die Rechtssprache eingeführtes Wort —. Diese Deduktionen Kohlers sind zweifellos richtig und auch in der Wissenschaft und Rechtsprechung allgemein anerkannt. Die Jurisprudenz ist aber nun einen Schritt weitergegangen und gewährt in den Fällen, wo die Erfüllungssurrogate den Verkäufer nicht immer schadlos halten, diesem eine Klage auf Abnahme.

Weil eben der Verkehr Thatbestände zeitigte, bei denen dem Verkäufer die Deposition, der Selbsthülfeverkauf oder die Dereliktion nichts nützten, suchte man Mittel, diese Unzuträglichkeiten zu beseitigten, und fand sie in der Statuierung der Abnahmepflicht des Käufers.

Kohler geht auf diesen Gedankengang gar nicht ein, obwohl er ihm von Windscheid[2] nahegelegt wurde. Windscheid argumentiert: für den Schuldner hat die Nichtannahme der Leistung Nachteile zur Folge. Wenn

1) Vor ihm Mommsen.
2) § 345 Note I.

sie ihm abgenommen werden sollen, müssen sie dem Gläubiger auferlegt werden. Das ist nicht gerecht, wenn den Gläubiger kein Vorwurf trifft (d. h. also wenn er schuldlos ist), es muß also der Schaden bei dem bleiben, in dessen Vermögenssphäre er sich ereignet hat. Dies ist für das ältere gemeine Recht, das noch keine Klage auf Abnahme kannte, zweifellos richtig. Die Einwendungen Kohlers[1] aber treffen unseres Erachtens garnicht den Kern der Windscheid'schen Ansicht. Er macht geltend es sei sein Nachteil, wenn der Gläubiger sein Vermögensrecht nicht ausübe, — aus welchem Grunde immer. „Wenn jemand nicht in der Lage ist, den Fisch zu erhaschen, der an seiner Angel zappelt, ist es gerecht, wenn ihm der Fisch entgeht." Gewiß, das bestreitet auch niemand; aber es ist doch ein anderes zu fragen: wer trägt den Nachteil des Nichtbenutzenkönnens seines Vermögenrechts, ein anderes: wer trägt den Schaden, den der Schuldner dadurch erleidet, daß der Gläubiger sein Vermögensrecht nicht ausübt! Der letzteren Frage verschließt sich Kohler vollkommen. Für ihn besteht nur die Frage, wie kommt der Schuldner am besten aus der obligatorischen Verstrickung heraus, wenn der Gläubiger ihn nicht entläßt und die Antwort ist: die Rechtsordnung giebt ihm die Erfüllungssurrogate.

Da aber, wie wir sogleich zeigen werden, diese dem Schuldner gewährten Rechtsmittel nicht immer ausreichen, bleibt doch noch die von Windscheid aufgeworfene Frage offen. Der Weg auf dem man prinzipiell zu ihrer Lösung kommen kann, dürfte folgender

1) Gläubigervorzug S. 121.

sein: Der Gläubiger nimmt nicht an und verursacht dadurch dem Schuldner einen Schaden. Der Gläubiger hat aber ein Recht auf Annahme, er übt also nur — negativ — ein ihm zustehendes Recht aus, wenn er nicht annimmt. Der Schaden, der dadurch entsteht, kann ihm niemals zur Last gelegt werden. Er muß also beim schuldlosen Schuldner bleiben.

Will man dies herbeiführen, so muß man eine Pflicht des Gläubigers zur Annahme statuieren. Diese Pflicht und ihr Gegenstück: Das Recht des Schuldners auf Annahme schießen über das Ziel hinaus, eine solche ist garnicht nötig, um aus diesem Dilemma herauszukommen. Zudem hat sie, wie oben beim Dienst- und Werkvertrage gezeigt, erhebliche Bedenken.

Der Grund des Schadens in der Vermögenssphäre des Schuldners ist der weiterdauernde Gewahrsam über die in der Obligation befindliche Sache.

Legt man dem Gläubiger auf, den Schuldner hiervon zu befreien, so ist, wenn man die Interessen beider Teile berücksichtigt, damit ein billiger Ausweg gefunden.

Eine solche Regelung hat das BGB. getroffen. Es hat damit einen mittleren Weg beim Kauf- und Werkvertrag eingeschlagen weder das eine Prinzip streng durchgeführt: Der Gläubiger braucht nicht anzunehmen und haftet wegen dieser Unterlassung für nichts, noch den entgegengesetzten Grundsatz zur Geltung gebracht: Der Gläubiger ist zur Annahme verpflichtet.

Aber ist es denn überhaupt denkbar, daß der Verkäufer noch Schaden erleidet, wenn er die Rechte hat, welche ihm der Annahmeverzug des Käufers gewährt?

Ein Beispiel, welches Brockhausen giebt, mag dies zeigen: „Jemand kauft eine Schiffsladung Fleisch oder Fische. Nach Abschluß des Kaufes und nach Übergang der Gefahr auf den Käufer, verdirbt die Ware so vollständig, daß sie wertlos wird. Infolgedessen verweigert der Käufer die Annahme, indem er auf die Ware verzichtet."

Der Käufer gebraucht also sein Annahmerecht nicht, der Verkäufer kann die Ware hinterlegen (§ 372 BGB.) und wenn sie dazu nicht geeignet ist, öffentlich versteigern lassen (§ 383 BGB.)

Das erstere ist in unserm Fall unmöglich, denn hinterlegen kann man nur Geld, Wertpapiere oder sonstige Urkunden und Kostbarkeiten. Allerdings kann (gemäß Art. 146 Einf. Ges.) durch Landesgesetz bestimmt sein, daß auch andere Sachen hinterlegungsfähig sind, aber verdorbenes Fleisch wird schwerlich darunter fallen. Eine öffentliche Versteigerung wird wegen der Wertlosigkeit der Ware unmöglich sein.

Nun ist aber noch unterstellt, daß der Käufer auf die Ware verzichtet hat. Der Käufer kann demnach mit ihr machen was er will, er kann sie hinterlegen, preisgeben, vernichten, das steht jetzt ganz in seinem Belieben. Doch dies alles nützt ihm nichts; die Dereliktion ist mit Kosten verknüpft. Er muß am Ende gar ein Grundstück kaufen, um das Fleisch dort zu vergraben; die Polizei wird ein Auswerfen der Ware aus sanitätspolizeilichen Rücksichten verbieten. Mit den Erfüllungssurrogaten, oder mit dem „Recht des Verkäufers

auf Verzicht“[1] kommen wir nicht durch. Und wenn keine Abnahmepflicht des Käufers bestände, würde man im Sinne Windscheids hier die Nachteile, welche die Nichtausübung des Käuferrechts für den Verkäufer hat, beim Verkäufer lassen müssen.

Jetzt kann man aber diese Last wenigstens in den Fällen des Kaufs und Werkvertrages auf den Käufer überwälzen. Er ist verpflichtet abzunehmen, und von dieser Pflicht wird er weder durch Zahlung des Kaufpreises noch durch Verzicht auf die Ware frei. Erfüllt er diese Pflicht schuldhafter Weise nicht, so hat er dem Verkäufer den Schaden, der ihm daraus entsteht, zu ersetzen. (§ 286 BGB.).

Die zahlreichen Beispiele mit denen Kohler seine Ansicht zu bestärken sucht, sind von Rosenberg[2] ausführlich widerlegt.

Zu solchen Auftritten, wie Kohler sie schildert, wird es auch selten oder garnicht kommen. Der jüngst entlassene Minister, welcher seine Galauniform bezahlt und auf ihre Annahme verzichtet hat, wird kaum von seinem Schneider gezwungen werden, die Uniform nun auch abzunehmen. Sollte der Schneider aber wirklich auf die Abnahme klagen, obgleich er den Rock an den Trödler verkaufen oder sonst gewinnbringend verwerten konnte, so wird man dem Minister die Einrede aus dem § 226 gewähren dürfen.[3] Und wenn schließlich der Minister den Rock abnehmen muß, so können hiergegen

1) Windscheid in der Heidelbg. krit. Zeitschr. Bd. 3 S. 269.
2) Vgl. Rosenberg a. a. O. S. 248.
3) Vgl. Rosenberg a. a. O. S. 251.

rechtliche Bedenken nicht erhoben werden. Denn daß er durch die Uniform unliebsam an schöne Zeiten erinnert wird, kann von der Rechtsordnung nicht beachtet werden. (affectiones non sunt aestimandae, l. 33 D. 9,2).[1] Kohler scheint davon auszugehen, daß der Käufer notwendig selbst die Abnahme vornehmen müsse. Das ist nicht richtig, der Käufer hat nur dafür zu sorgen, daß der Verkäufer von der Last und Sorge der Aufbewahrung befreit werde, daß er die Sache los wird. Wer sie abnimmt, ist gleichgültig und es ist vollends ins Belieben des Käufers gestellt, wo er die abgenommene Sache hinthut. Darum ist auch die Meinung Labands,[2] der Verkäufer könne den Käufer nach Maßgabe der Civilprozeßordnung durch Exekutionsstrafen zur Abnahme anhalten lassen, unbegründet. Die civilpolitischen Bedenken, welche Kohler und Laband gegen die Auffassung der Abnahmepflicht als einer aus dem Vertrage sich ergebenden und selbständig klagbaren geltend machen, können wir sonach nicht teilen. Laband, der die dem § 433 II dem Inhalt nach gleiche Bestimmung des § 459 II des ersten Entwurfs kritisiert und bekämpft, meint, daß ausnahmsweise mit dem Kaufvertrag ein „Transportvertrag" verbunden sein könne — wie in l. 9 D. 19. I — daß sich dann aber die Abnahmepflicht aus den Parteiintentionen ergebe und darum eine besondere gesetzliche Anerkennung der Verpflichtung des Käufers zur Abnahme überflüssig sei. Aber diese

1) Vgl. Rosenberg a. a. O. S. 249 Sprenger in Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 597.

2) a. a. O. S. 307.

Konstruktion führt keineswegs in allen Fällen zu einem billigen Resultat, wie ein Hinweis auf unser Beispiel zeigt. Ein solcher Vertrag kann doch nur dann angenommen werden, wenn schon beim Abschluß des Kaufvertrages ein besonderes Interesse des Verkäufers an der Abnahme bestand und dies zugleich für den Käufer erkennbar war, sonst ist eine Willenseinigung nicht möglich. Wenn aber erst später, wie in unserem Fall, ein Interesse des Verkäufers an der Abnahme entstand oder zwar schon da war, aber für den Verkäufer nicht erkennbar, so ist weder für eine ausdrückliche noch für stillschweigende Verpflichtung zur Abnahme Raum.[1] Es kommt hinzu, daß nach Laband der Verkäufer diesen Transportvertrag zu beweisen hätte, während nach dem § 433, II nur der Hinweis auf den Kaufvertrag genügt, weil nach dem BGB. die Abnahme naturale negotii ist.

§ 8.

Begriff und rechtliche Natur der Abnahme ist festgestellt, wir haben nunmehr den Umfang des Abnahmeanspruchs beim Kauf, Dienstvertrag und Werkvertrag darzuthun.

Beim Kauf wird die Abnahme einzig im § 433 II und § 448 BGB. behandelt. Durch den ersteren wird der Käufer verpflichtet die gekaufte Sache abzunehmen, durch den letzteren werden ihm die Kosten der Abnahme auferlegt.

Es scheidet mithin der Kauf eines Rechts in jedem Falle aus und es ist nicht, wie Windscheid-Kipp

1) Vgl. Rosenberg a. a. O. S. 250.

§ 389 II behauptet, Auslegungsfrage, ob beim Kauf eines Rechts an einer Sache eine Abnahmepflicht begründet wird. Es kann ja unter den Paciszenten abgemacht sein, daß der Käufer das ihm durch den Vertrag gewährte Recht auch ausüben solle, aber eine allgemeine Abnahmepflicht ist durch den § 433 II nur beim Kauf einer Sache d. h. eines körperlichen Gegenstandes (§ 90) statuiert.

Im Übrigen besteht die Pflicht zur Abnahme nur gegenüber einer völlig vertragsmäßigen Leistung. Die Abnahme d. h. die Leistung der thatsächlichen Wegnahme durch den Käufer wird in dem Moment existent, wo der Verkäufer die gekaufte Sache gehörig angeboten hat, wo er das zur Leistung des Kaufgegenstandes seinerseits Erforderliche gethan hat.

Beim regulären Kaufvertrag ist damit das Fälligwerden der Abnahme-Leistung durch die Handlung des Verkäufers nämlich durch sein vertragsmäßiges Angebot bedingt, beim Spezieskauf durch Angebot der individuell bestimmten Sache, beim Genußkauf regelmäßig durch Ausscheidung der gekauften Sache und Angebot. Es kommen aber auch Kaufverträge vor, bei denen ein wirksames Angebot durch den Verkäufer wiederum eine Willenserklärung des Käufers voraussetzt; wir denken besonders an den Kauf, bei dem der Käufer ein Wahlrecht auszuüben hat, und an den Spezifikationskauf. Im ersteren Fall war die Behandlung im gemeinen Recht streitig.[1]

1) Vergl. Dernburg Pand. II § 28, bürgerl. Recht II 1. Abt. S. 87 Anm. 3.

Das BGB. hat im § 264 Abs. 2 bestimmt, daß wenn der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge ist, der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Wahl auffordern kann und wenn der Gläubiger nicht rechtzeitig die Wahl vornimmt, mit dem Ablauf der Frist das Wahlrecht auf den Schuldner übergeht. Dann würde in unserem Fall der Verkäufer die Wahl treffen und dem Käufer die gewählte Sache anbieten müssen, um die Abnahmepflicht des letzteren fällig zu machen, eine Möglichkeit sich diese Pflicht durch Nichtvornahme der Wahl zu entziehen, besteht demnach nicht.

Anders liegt der Fall beim Spezifikationskauf, der hier deshalb erwähnt werden muß, weil er deutlich zeigt, daß der Gesetzgeber die Abnahmepflicht als eine selbstständig klagbare aufgefaßt wissen will. Die juristische Konstruktion dieses Geschäfts war im gemeinen Recht äußerst streitig.[1] Besonders ob eine Klage auf Spezifikation zu gewähren sei. Nach preußischem Recht wurde diese Klage vom RG. (Bd. 26 S. 214) anerkannt und zwar mit der Begründung, daß das Recht, welches eine Klage auf Abnahme gebe, auch eine Klage auf Spezifikation gewähren müsse, weil dies „eine die Erfüllung der Abnahme bedingende Voraussetzung sei." In der That ist auch in der Spezifikation eine Handlung, welche die Abnahme vorbereiten hilft.[2] Daher wird es erklärlich erscheinen, daß im gemeinen Recht, wo die Abnahmepflicht auf so schwankenden Füßen stand, lebhafter

1) Vergl ROHG. 16 S. 205, 18 S. 48; RG. 30 S. 102.

2) Vergl. Staub 5. Aufl. S. 84 § 18; a. M. Örtmann, Archiv für civil. Praxis Bd. 85 S. 22.

Streit darüber herrschte, welche Wirkungen es hatte, wenn der Käufer von seinem Bestimmungsrechte keinen Gebrauch machte.[1] Für den Handelskauf hat nunmehr das HGB. § 375 die Verpflichtung des Käufers zur Spezifikation ausgesprochen und damit dem Käufer eine Klage auf Spezifikation gegeben. Diese Pflicht ist wie Staub[2] richtig bemerkt „eine Art der Abnahmepflicht", der Käufer, welcher nicht spezifizieren will, verstößt damit schon in diesem Moment, gegen die ihm obliegende Abnahme, daher ist die juristische Konstruktion auch keineswegs die gleiche, wenn bei einem Alternativkauf der Käufer die Wahl nicht vornimmt, und wenn er die Ware nicht spezifizieren will.

Im ersteren Fall befindet er sich nur im Annahmeverzug und der § 264 giebt jetzt dem Verkäufer das Recht selbst die Wahl vorzunehmen, um dadurch die Abnahmepflicht existent zu machen, im letzteren hat er eine Verpflichtung nicht erfüllt, eine Verpflichtung, die allerdings schon im § 433 II BGB. für jeden Kauf statuiert ist — denn die Abnahmepflicht ist nach Treu und Glauben auch auf die Vornahme solcher Handlungen auszudehnen, durch welche die Ware ihre „konkrete Bestimmtheit" erfahren soll — die aber hier nochmals für einen besonderen Fall hervorgehoben wird, um im Anschluß daran die Folgen des Verzuges in der Erfüllung dieser Pflicht zu normieren.

---

1) Vergl. darüber Örtmann a. a. O. S. 216 f. Kohler Iher. Jahrb. XVII S. 357. RG. XIV S. 243, XXX S. 103.

2) § 375 Anm. 5.

Einen Anklang an das Wahlrecht hat allerdings die Bestimmung des § 375 II HGB., nach der die Spezifikation auch vom Käufer selbst vorgenommen werden kann. In dieser Regelung liegt zugleich, daß die Abnahme eine vertretbare Handlung ist,[1] und nicht wie die Annahme notwendig vom Käufer selbst vorgenommen werden braucht.

Für das bürgerliche Recht kann eine Klage auf Vornahme der Spezifikation gegeben werden, der Übergang des Spezifikationsrechts auf den Verkäufer ist nur bei Handelsgeschäften vom Gesetz anerkannt.[2]

Durch den § 445 ist die Abnahmepflicht auf andere Verträge ausgedehnt, die auf Veräußerung gegen Entgelt gerichtet sind. Für den Tausch ist dies im § 515 ebenso ausgesprochen.

Bei Schenkungen besteht sonach keine Verpflichtung des Beschenkten zur Abnahme und das ist auch durchaus zu billigen. Der weiteren Ausdehnung, welche Rosenberg[3] der Klage auf Abnahme geben will, kann man unseres Erachtens beistimmen; wir deuteten dies Prinzip schon an, als wir (oben S. 66) die Abnahme auf solche Handlungen ausdehnten, durch welche die Ware ihre „konkrete Bestimmtheit" erfahren soll und als wir bei der Wahlobligation betonten, daß durch die im § 264 vom BGB. getroffene Regelung der Käufer sich seiner Abnahmepflicht nicht entziehen kann. Von diesen

1) Staub § 375 Anm. 5.
2) Vgl. Endemann S. 709 Anm. 15.
3) a. a. O. S. 265.

Erwägungen geht offenbar die von Rosenberg getroffene Entscheidung in folgendem Beispiel aus: „wenn der Käufer einer Ladung Theer die Lieferung der Fässer übernommen hat, wird eine Klage auf Lieferung dieser Fässer auf Grund der Pflicht, den Theer abzunehmen, nicht unzulässig sein."

Wo der Käufer die Abnahme erfüllen muß, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, besonders also nach § 269 BGB. Der Käufer ist bezüglich der Abnahme Schuldner, also wäre im allgemeinen seine Leistung dort zu bewirken, wo er zur Zeit der Entstehung des Kaufvertrages seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Das machte aber die Leistung der Abnahme in vielen Fällen illusorisch, z. B. wenn der Verkäufer an einem anderen Ort als der Käufer wohnt und die Schuld, wie regelmäßig, eine Holschuld ist. Es muß hier eben aus der Natur des Schuldverhältnisses (§ 269 BGB.) entnommen werden. daß die Abnahme dort zu erfolgen hat, wo die Ablieferung stattfindet, denn wie Cosack[1] richtig hervorhebt, sind „Ablieferung" und „Abnahme" korrespondierende Begriffe, die beide denselben Vorgang bezeichnen, das eine Mal vom Standpunkt des Verkäufers das andere Mal vom Standpunkt des Käufers aus.[2]

Wird der Gerichtsstand auf § 29 ZPO. gestützt, so ist das eben Gesagte zu beachten und beim Gericht des Ortes zu klagen, wo der Verkäufer die Ware abzuliefern hat.

1) S. 521.
2) Vgl. Staub vor § 373 Anm. 46.

Nach § 271 BGB. kann der Verkäufer regelmäßig die Abnahme sofort verlangen. Die Abnahme kann aber wiederum, wie aus den Umständen zu entnehmen ist, nur dann gefordert werden, wenn die gekaufte Sache vom Käufer vertragsmäßig angeboten ist.[1]

Zu den Bestimmungen des § 448 I, daß der Käufer die Kosten der Abnahme der gekauften Sache trägt, ist nur noch zu bemerken, daß hierin der allgemeine Grundsatz zur Anwendung kommt, daß der Schuldner die zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat[2] und in dieser Regelung daher nichts Besonderes gefunden werden kann, sondern nur die Anschauung des Gesetzgebers von der Auffassung der Abnahme als eine Leistung im Sinne des § 241 zu Tage tritt. Der § 448 BGB. hat übrigens sein Vorbild im Art. 351 des alten HGB.

Beim Dienstvertrag hat der Dienstverpflichtete keinen Anspruch auf Abnahme der Dienste, weil sie nicht abgenommen werden können. Daß aber dennoch mit der Klage aus dem Dienstvertrag unter Umständen auf Abnahme körperlicher Gegenstände geklagt werden kann, wurde oben S. 36 f. für das gemeine Recht gezeigt und gilt in gleicher Weise für das BGB.

Wie dort ist auch nach dem BGB. der Dienstberechtigte zur Annahme der Dienste nicht verpflichtet, daß folgt durch argumentum a contrario aus dem § 615. Auch beim Werkvertrag ist bis zur Vollendung des Werks der Besteller nicht zur Annahme verpflichtet,

1) Motive II S. 318, Staub vor § 374 Anm. 43.
2) Staudinger zu § 448, Motive II S. 328.

sondern er muß nur seine Gegenleistung so genau bewirken, wie wenn er angenommen hätte, unter Anrechnung dessen, was der Unternehmer infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. (§ 649.)

Wie bedenklich die Annahmepflicht beim Dienst- und Werkvertrag ist, mögen außer den obenangeführten Beispielen, folgende von Kohler entlehnten Fälle illustrieren.

Der Bauspekulant müßte danach den Architekten weiter bauen lassen, obgleich er weiß, daß das ihn ruinieren wird.

Der Auftraggeber müßte den mit der Restaurierung seines Rafael betrauten Künstler weiter arbeiten lassen, obgleich er allen Glauben an seine Kunst und sein Können verloren hat.

Beim Werkvertrage hat das Gesetz nur für den Fall eine Abnahmepflicht statuiert, daß der Unternehmer das Werk vollendet hat. Da der Besteller aber nach § 649 bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen darf, so kann er sich hiernach auch der Pflicht zur Abnahme entziehen, wenn er noch kurz vor Vollendung des Werkes von seinem Kündigungsrechte Gebrauch macht. Dieses immerhin bedenkliche Resultat wäre aber nach unseren bisherigen Erwägungen nur auf den Fall des Werklieferungsvertrages zu beschränken, bei der reinen Werkverdingung müßte der Besteller das von ihm gelieferte Material trotz seiner Kündigung

jedenfalls dann abnehmen, wenn der Unternehmer irgend welchen Schaden erleiden würde.

Da wir unter Abnahme auch beim Werkvertrage die thatsächliche Wegnahme verstehen, wird in vielen Fällen der reinen Werkverdingung die Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen sein, dagegen wird beim Werklieferungsvertrag die Abnahmepflicht regelmäßig bestehen.

Daß beim Werkvertrag eine Klage auf Abnahme gegeben ist, wird nicht aus dem äußerlichen Grunde zu bezweifeln sein, daß die Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme nicht in dem § 631 mit aufgezählt ist, sondern erst im § 640 statuiert ist, da der § 433 II dem Verkäufer eine Klage auf Abnahme gewährt und beim Werkvertrag derselbe Gesichtspunkt des „lokalen Interesses" maßgebend ist.[1]

1) Vergl. Planck zu § 640 Note 2.

Drittes Kapitel.

§ 9.

Bevor wir in die Untersuchung der Frage nach den Folgen des Abnahmeverzugs eintreten, müssen wir uns die Stellung der Abnahme bei der Tilgung des obligatorischen Nexus vergegenwärtigen. Wir müssen bedenken, daß dem Prinzip der Abnahmepflicht des Käufers dasselbe Prinzip zu Grunde liegt, auf dem die Lehre vom Annahmeverzuge beruht: Der Schuldner soll nicht für die Aufbewahrung der Sache wirtschaftliche Opfer zu bringen gehalten sein, und daß die Abnahmepflicht nur statuiert ist, um dem Verkäufer und Unternehmer einen wirksameren Schutz zu gewähren, wenn der Käufer oder Besteller in Gläubigerverzug gerät.[1]

Die Abnahme ist demgemäß nicht nur eine Pflicht, sie ist auch ein Recht des Käufers und zwar derjenige Vorgang, durch welchen der Käufer sein Recht auf Annahme der gekauften Sache ausübt. Durch diese eigenartige Stellung der Annahme ist es bedingt, daß der Verzug in der Erfüllung dieser Handlung sowohl Gläubiger- als Schuldnerverzug begründen kann, indem

1) Vgl. Endemann S. 621 Anm. 1 Abs. 3.

einerseits ein Recht nicht ausgeübt, andererseits eine Leistung nicht erfüllt wird. Es ist aber dennoch dabei im Auge zu behalten, daß, wie begrifflich die Annahme und die Abnahme verschieden sind, so auch begrifflich der Annahme- und Abnahmeverzug durch verschiedene Unterlassungen begründet werden, wenn auch der thatsächliche Vorgang derselbe ist. Zum Verzug des Gläubigers gehört die Nichtannahme der angebotenen Leistung, diese liegt vor, wenn der Käufer die Ware nicht als Erfüllung annehmen will; damit braucht die Nichtabnahme nicht zusammenzufallen, denn der Käufer kann ja die Ware dennoch thatsächlich wegnehmen oder sie schon in seiner thatsächlichen Gewalt haben,[1] so daß er seine Verpflichtung zur Abnahme erfüllt hat. Wenn nun der Verkäufer dennoch auf Abnahme klagt, wie das Romeick (— S. 59.) unterstellt, so wird eben die Klage abgewiesen werden. Bezweckt er aber gerichtliche Feststellung, daß sein Angebot völlig in Ordnung gehe, so hat er auch darnach seinen Klagantrag zu stellen und eine Feststellungsklage einzureichen. Die Berufung Rosenbergs auf eine Entscheidung des Apellationsgerichts zu Leipzig vom Februar 1871[2] als einer Entscheidung, die die Klage auf Abnahme als eine Feststellungsklage dahingehend, daß die Ware vertragsmäßig sei, aufgefaßt habe, erscheint aber durchaus unbegründet, da vielmehr dieser Gerichtshof in dem fraglichem Erkenntnis deutlich sich für die Klage auf Abnahme d. h. thatsächliche Wegnahme ausspricht.

1) Vgl. Rosenberg a. a O. S. 260, Lehmann-Ring S. 99 Nr. 5, Staub § 375. HGB. Anm. 3.

2) Buschs Archiv für Handelsrecht Bd. 25 S. 247 u. 248.

Umgekehrt ist auch Abnahmeverzug möglich ohne gleichzeitigen Annahmeverzug, nämlich dann, wenn der Käufer die erforderliche Mitwirkung zum Erlöschen der Verpflichtung des Verkäufers, zur Übergabe der Waren vorgenommen hat, wenn er die Ware als vertragsmäßig anerkannt oder gar auf sie verzichtet.[1] Hier kann von einem Annahmeverzug nicht die Rede sein, aber ein Abnahmeverzug ist dennoch sehr wohl möglich.

Es ist daher unvorsichtig von Romeick[2] zu behaupten, „Abnahmeverzug ist Annahmeverzug und Annahmeverzug ist Abnahmeverzug," und von Staub[3] zu lehren, Abnahmeverzug ist schuldhafter Annahmeverzug.

Streng genommen hätten wir nun im Folgenden die Wirkungen des Abnahmeverzuges als eines Leistungsverzuges zu behandeln, ohne auf diejenige Seite der Abnahme Rücksicht zu nehmen, welche sie als ein Recht kennzeichnet. Es würde damit der Gläubigerverzug aus unserer Betrachtung ausgeschaltet. Da aber in den weitaus meisten Fällen die Abnahme nicht als ein selbständiger Vorgang auftritt, sondern die Unterlassung einer Ausübung eines Gläubigerrechts und der Erfüllung einer Schuldnerpflicht in sich begreift, glauben

1) Vgl. Rosenberg S. 260, s. oben unser Beispiel des Fleischkaufes. A. M. ist Lehmann-Ring S. 99 Nr. 5. Nach ihm ist Abnahmeverzug ohne gleichzeitigen Annahmeverzug begrifflich nicht möglich. Welchen Begriff er mit Abnahme verbindet, ist nicht deutlich. Befremdend ist der Satz: „hat somit der Käufer das Eigentum erworben, lehnt er aber die „Abnahme" der Ware ab, so gerät er in mora accipiendi." Wir meinen, daß das nicht immer nötig ist.

2) a. a. O. S. 65.

3) Anm 2 zu § 375.

wir diese Doppelnatur der Abnahme auch zum Ausdruck bringen zu müssen dadurch, daß wir die Wirkungen der mora creditoris neben denen der mora debitoris gleichfalls in Betracht ziehen. Wir werden diese Folgen einzeln behandeln und dann auf ihr Verhältnis zu einander eingehen.

Eine besondere Behandlung des Abnahmeverzuges erscheint für das gemeine Recht um deswillen nicht förderlich, weil einmal diese Frage dort wegen des Streites über die „Abnahme" nicht zur Entwickelung gelangt ist und weil andererseits die Folgen im wesentlichen die gleichen sind, wie im BGB. und daher ein Verweis an passenden Stellen gegeben erscheint.

Um die Abnahme als eine selbständige Schuldnerpflicht ins Auge fassen zu können, setzen wir den Fall, daß der Käufer den Kaufpreis gezahlt und auf die Ware verzichtet hat.

Die Abnahme ist eine Leistung, zu der der Käufer (Besteller) auf Grund des Kaufvertrages (Werkvertrages) verpflichtet ist. Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen der Schuldner in Verzug gerät, so greifen die allgemeinen Wirkungen des Schuldnerverzuges Platz. Für das BGB. ist der Käufer-Schuldner dem Verkäufer-Gläubiger insbesondere nach § 286 zum Schadensersatz verpflichtet, auch kann letzterer die Rechte aus § 326 geltend machen.

Daß die Abnahme sowohl nach gemeinem Recht als auch nach dem BGB. eine Leistung ist, folgt aus unseren bisherigen Untersuchungen, die ergeben, daß der Käufer zu Abnahme verpflichtet sei, daß der Verkäufer

auf ihre Erfüllung klagen könne, alles aber, wozu jemand verpflichtet ist, ist eine Leistung.[1] Dies wird neuerdings von Romeick bestritten.[2]

Er giebt selbst zu, daß das BGB unter „abnehmen" den technischen Begriff der thatsächlichen Wegnahme im Gegensatz zu dem juristischen Akt der „Übergabe" verstanden wissen will,[3] behauptet aber die Abnahme sei keine Schuldnerleistung des Käufers.

Für ihn ist sicher, daß nicht schon alles, wozu ein Teil kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet ist, eine Leistung ist. Dafür beruft er sich auf § 241 BGB. und auf den § 294. Gerade wie das Angebot nur eine die Leistung bezweckende Ausführungshandlung sei, so sei die Abnahme eine die Annahme bethätigende Ausführungshandlung.

Seine Berufung auf § 241 erscheint nicht zutreffend, auch vermißt man eine Begründung seiner Ansicht.

Die Verbindlichkeit der Abnahme ist schon äußerlich der Zahlung des Kaufpreises durchaus gleichgestellt, und es ist kein Grund einzusehen, weshalb er das eine für eine Leistung im Sinne des § 241 ansehen will und das andere nicht. Daß das BGB. den Begriff der Leistung sehr weit faßt, folgt auch daraus, daß es nicht nur ein Thun, zu dem jemand kraft eines Schuldverhältnisses verpflichtet ist, sondern auch eine Unterlassung als „Leistung" bezeichnet.[4] Der Grund, daß die Abnahme im Verhältnis zur Kaufpreiszahlung nur eine untergeordnete Leistung sei, erscheint nicht stichhaltig,

1) Vergl. Fleck, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 § 253.
2) Zur Technik d. BGB. Heft I Fristbestimmung S. 56—59.
3) a. a. O. S. 58.
4) Vergl. Endemann § 96, Schollmeyer zu § 241.

wenn man bedenkt, daß die Abnahme unter Umständen eine sehr unangenehme Pflicht sein kann, z. B. dann, wenn raumfüllende Ware, die längere Zeit unverwendbar ist, erworben wurde.[1]

Die Berufung auf § 294 BGB. erledigt sich auch durch den Hinweis auf unsere vorhergehenden Untersuchungen, die zu dem Resultat führten, daß die Abnahme vom BGB. als eine selbständig klagbare Verpflichtung charakterisiert ist, mithin ein Vergleich mit dem unselbständigen Angebot unzulässig erscheint.

Wenn die Abnahme nicht für den Kauf und Werkvertrag ausdrücklich zu einer Verpflichtung gestempelt wäre, wenn das BGB. diese Pflicht gar nicht erwähnte, dann könnte man mit Romeick von der Abnahme als einer die Annahme bethätigenden Ausführungshandlung sprechen, unter den jetzigen Verhältnissen aber statuiert man damit zugleich eine Verpflichtung zur Annahme — eine Gläubigerverpflichtung — und das kann nicht gebilligt werden. Romeick selbst redet des öfteren von Gläubigerverpflichtung, er will damit offenbar sagen, daß die Nichtausübung eines Rechts Nachteile für den Berechtigten hat, wenn das auch aus seinen Ausführungen garnicht deutlich hervorgeht.[2]

Daß Romeick von dieser irrigen Grundlage zu falschen Folgerungen kommen muß, leuchtet ein, denn wenn die Abnahme keine Schuldnerleistung ist, können bei Verzögerung in der Erfüllung der Abnahme auch nicht die Wirkungen des Schuldnerverzuges eintreten.

1) Fleck a. a. O. S. 254.
2) Vergl. Rosenberg a. a. O. S. 252.

Auf die Resultate der Romeick'schen Lehre werden wir im Verlauf unserer Betrachtung noch zurückkommen müssen.

Die Abnahme ist also eine Leistung: Mit ihrer Erfüllung kommt der Käufer-Schuldner nur dann in Verzug, wenn folgende 3 Voraussetzungen vorliegen:

1. Die Abnahme muß fällig sein.
2. Der Käufer muß gemahnt sein (Ausnahme § 284 II).
3. Die Abnahme darf nicht infolge eines Umstandes unterblieben sein, den der Käufer nicht zu vertreten hat.

Wann die Abnahmepflicht fällig ist, wurde oben schon angedeutet. Sie besteht nur gegenüber einer völlig vertragsmäßigen Leistung, sie wird also erst dann fällig, wenn der Verkäufer die Ware gehörig angeboten hat, wenn der Unternehmer das Werk vollendet hat. Ist keine Zeit für die Übergabe der Kaufsache bestimmt, ist der Käufer aber vorübergehend an der Annahme verhindert, so ist das Angebot nicht derart wirksam, daß der Käufer in Verzug gerät und folgeweise wird man sagen müssen, ebensowenig hat es die Wirkung, daß die Leistung der Abnahme fällig wird.

Ist ein Termin für die Übergabe der Kaufsache bestimmt, so ist die Abnahme mit diesem Termine fällig, wenn der Verkäufer dann die Ware richtig anbietet.

Weiter muß der Käufer gemahnt sein, damit er in Verzug gerät. Eine Form für die Mahnung ist nicht vorgeschrieben, nur ist zur Wirksamkeit der Mahnung erforderlich, daß sie nach dem Eintritt der Fälligkeit der

Leistung geschieht, also muß der Verkäufer solange mit seiner Mahnung warten, bis er die gekaufte Sache gehörig angeboten hat, vorher gerät der Käufer nicht in Verzug, ohne diese nachträgliche Mahnung nur dann, wenn für die Übergabe — und damit für die Abnahme — eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist.

Zu der objektiven Voraussetzung der Nichterfüllung der fälligen Abnahme zur rechten Zeit muß das subjektive Moment des § 285 hinzukommen. Der Käufer muß die Abnahme nicht vorgenommen haben, wegen eines Umstandes, den er zu vertreten hat.

Prüfen wir daraufhin die Abnahme, so müssen wir allerdings mit Romeick[1] sagen, daß die Nichtabnahme stets von dem Käufer zu vertreten ist. Denn die Abnahme ist nach unserer Begriffsbestimmung eine vertretbare Handlung; wenn der Käufer sie nicht selbst vornehmen kann, so hat er einen anderen damit zu betrauen, Lagerräume eventuell zu mieten und sonstige dafür nötige Anordnungen zu treffen — und Mangel an Zahlungsmitteln, wenn auch unverschuldeter, schützt nach § 279 den Schuldner niemals vor den Folgen des Verzuges.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so treten die allgemeinen Wirkungen des Verzuges ein, der Verkäufer-Gläubiger kann also vor allen Dingen vom Käufer-Schuldner den durch den Verzug in der Abnahme ihm entstandenen Schaden ersetzt verlangen; (§ 286 I) daß dies Recht für den Verkäufer häufig von großem Wert

1) a. a. O. S. 62.

sein kann, unterliegt keinem Zweifel, denn dadurch, daß der Käufer nicht abgenommen hat, war der Verkäufer länger mit dem Gewahrsam der gekauften Sache belastet und es können ihm daraus manche Schäden entstanden sein, wie das besonders bei Kauf von Tieren oder Sprengstoffen und anderen schwer zu verwahrenden Gegenständen hervortritt.

Auch der Absatz 2 des § 286 kann für unsere Frage von Bedeutung werden, wenn man z. B. unterstellt, daß der Käufer Sprengstoffe abzunehmen hat, die innerhalb einer gewissen Zeit explodieren und er diesen Zeitpunkt verstreichen läßt, so daß der Lagerschuppen in die Luft fliegt. Hier hat die Abnahme der gekauften Sache für den Verkäufer kein Interesse und er wird Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen können. Aber weiter kann der Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB. geltend machen, denn der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag. Dies wird auch gelehrt von Cosack[1] Dernburg,[2] Rosenberg,[3] Lehmann-Ring,[4] bestritten dagegen von Romeick a. a. O. und Staub.[5]

Was die Ansicht Romeicks anbetrifft, so haben wir dessen Ausgangspunkt: die Abnahme ist keine Leistung, schon zurückgewiesen, es soll damit aber nicht gesagt sein, daß nicht die Bedenken, welche er, auch wenn man die Abnahme als eine Leistung ansieht, gegen die

1) Bürgerl. Recht S. 444.
2) „ " II 2. Abt. S. 34.
3) a. a. O. S. 261.
4) S. 105 Nr. 5; Denkschrift z. HGB S. 218.
5) Exkurs z. § 374 Anm. 140 ff.

Anwendbarkeit des § 326 geltend macht, durchaus Beachtung verdienen.

Staub erkennt zwar an, daß der Käufer in Anbetracht der gekauften Sache sowohl Gläubiger wie Schuldner ist und hält infolgedessen auch den § 286 für anwendbar, lehnt aber das Recht des Verkäufers, sich auf § 326 zu stützen, grundsätzlich ab, weil die Abnahmepflicht des Käufers nicht die eigentliche Gegenleistung für die gekaufte Sache sei, der § 326 BGB. aber auf den Fall zugeschnitten sei, daß der Schuldner mit der Leistung im Verzuge sich befinde, welche das eigentliche Aequivalent für die Leistung des Nichtsäumigen darstelle, auf „Nebenleistungen" finde er keine Anwendung. Es wird sich zeigen, daß wir im Ergebnis mit den Ausführungen Staubs übereinstimmen, aber der Weg, auf welchem er zu seinem Resultat kommt, erscheint uns nicht der richtige. Eine so enge Auslegung, wie er sie für den § 326 findet, wird auch sonst von keiner Seite anerkannt.[1]

Was sind denn beim Kauf die eigentlichen Gegenleistungen? Von verkäuferischer Seite ist es die Leistung, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Von käuferischer Seite dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen. Gewiß, es bestehen die Gegenleistungen wiederum aus einzelnen für sich bestehenden Leistungen, aber durch den Vertrag sind sie eben zu einer Leistung zusammengefaßt und es stehen sich die beiden verkäuferischen Pflichten und die

1) Vgl. Lehmann-Ring S. 115 Nr. 5.

käuferischen Pflichten juristisch als Einheiten gegenüber Oder welche Leistung des Verkäufers hält er für die im wahren Sinne synallagmatische? Staub denkt bei seiner Auslegung an die wirtschaftliche Gegenleistung.

Übrigens läßt sich aus dem Gesetz deutlich erkennen, daß die Bestimmungen über gegenseitige Verträge auf beide verkäuferischen und käuferischen Leistungen angewandt werden müssen. Der § 440 erklärt ausdrücklich die Bestimmungen der §§ 320– 327 auf den § 433 für anwendbar und dasselbe muß man für die Leistungen des Käufers aus dem § 454 schließen, der die Anwendbarkeit der der Vorschriften des 2. Buches 2. Abschnitts 2. Titel voraussetzt.

Auch mit dem § 375 HGB. steht die Ansicht Staubs im Widerspruch.

Wenn nun der Käufer zwar den Kaufpreis zahlt, aber nicht abnimmt, so liegt nach Staub nicht der Fall einer teilweisen Nichterfüllung vor.

„Die teilweise Nichterfüllung, sagt er, bedeutet nicht, daß von zwei heterogenen Verpflichtungen, die eine erfüllt wird, sondern sie betrifft lediglich den Fall, daß eine Verpflichtung nicht quantitativ in vollem Maße, sondern nur zum Teil erfüllt wird, also wenn der Verkäufer nicht die ganze Ware liefert, der Käufer nicht den ganzen Kaufpreis zahlt."

Das ist nun allerdings ein großer Irrtum, der denn auch von Romeick[1] und Rosenberg scharf getadelt wird.

---

1) a. a. O. S. 70.

Staub geht offenbar davon aus, daß nur dann eine Leistung teilweise nicht erfüllt werden könne, wenn die Teilung der Leistung selbst unbeschadet ihres Wesens und Wertes möglich ist.[1]

Prüfen wir darauf die dem Käufer obliegende Leistung: „Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der Ware", so ist einleuchtend, daß diese Leistung teilbar ist, indem doch die Zahlung des Kaufpreises ohne die Abnahme der Ware unbeschadet ihres Wesens und Wertes möglich ist. Ein dem unserigen ähnliches aber noch instruktiveres Beispiel giebt Regelsberger[2] in seiner Abhandlung über den Mitscherlich'schen Patent-Prozeß: Professor Mitscherlich hat sich durch Vertrag einem anderen zu einer dreifachen Leistung verpflichtet.

1. Den anderen Vertragsteil oder dessen Angestellten in das neue Verfahren — das eben von ihm erfundene — einzuweihen.
2. Ihm die gewerbliche Verwertung seines patentierten Verfahrens zu gestatten.
3. Innerhalb eines bestimmten Umkreises der gewerblichen Niederlassung des Vertragsgegners Niemand die gleiche Fabrikation zu erlauben und gegen Zuwiderhandelnde auf Grund des Patentrechts vorzugehen.

Dies sind „heterogene" Verpflichtungen, die Mitscherlich gegen ein einheitliches Engelt übernommen hat. Die teilweise Vernichtnng seines Patents hat ihm

1) Vergl. Dernburg II § 24, Rosenberg a. a. O. S. 262.
2) Iher. Jahrb. Bd. 40 S. 249—278.

die Erfüllung eines Teils seiner vertragsmäßigen Verpflichtungen unmöglich gemacht. Mit Recht erklärt Regelsberger[1] den vorliegenden Thatbestand so, daß in einem gegenseitigen Schuldverhältnisse der einen Partei nach Abschluß des Vertrags die obliegende Leistung teilweise unmöglich geworden ist.

Kommt demnach der Käufer mit der Abnahme in Vorzug, trotzdem er den Kaufpreis bezahlt hat, so liegt teilweise Nichterfüllung des Kaufvertrages vor und der Käufer könnte die Rechte des § 326 Abs. I Satz 2 geltend machen. Hier wird auf den § 325 Abs. I Satz 2 verwiesen, der dem Verkäufer gestattet Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder vom ganzen Vertrage zurückzutreten; aber nur, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat. Mit dem letzten Satze ist aber schon das Urteil über die Anwendbarkeit dieser Vorschrift gesprochen. Wir waren von dem Fall ausgegangen, daß der Käufer den Kaufpreis gezahlt hatte, daß diese teilweise Nichterfüllung — das Kaufgeld — für den Verkäufer jemals kein Interesse haben könnte, ist ausgeschlossen und damit cessiert der § 326 Abs. I und aus demselben Grunde der § 326 Abs. II, weil die Erfüllung des Kaufvertrages trotz des Verzuges in der Abnahme für den Verkäufer noch immer insoweit ein Interesse hat, als er den Kaufpreis dadurch erhält.[2]

1) Vgl. a. a. O. S. 258.

2) Vergl. Oertmann zu § 326 Note 5, aber auch RG. v. 22. Januar 1902 abgedruckt in der D. J.-Ztg VII.

Der Verkäufer ist vielmehr beim Abnahmeverzug des Käufers zur Wahrung seiner Interessen lediglich auf den § 286 BGB. angewiesen.

Liegt aber der Fall so, daß der Käufer auch mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge ist, so kann der Verkäufer natürlich nach Bestimmung einer angemessenen Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder von dem Kaufvertrage zurücktreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt.

Unser Resultat ist allerdings das gleiche wie Staubs, daß der Käufer nicht lediglich deshalb, weil er nicht rechtzeitig für genügende Lagerräume gesorgt hat und daher in Abnahmeverzug gerät, den Rücktritt vom Vertrage oder den Verlust der Gegenleistung über sich ergehen lassen muß, wenn er den Kaufpreis zu zahlen bereit ist, oder schon bezahlt hat.

Auch die §§ 323 und 324 finden beim Abnahmevorzug keine Anwendung[1]. Der erstere, weil die Unmöglichkeit der Abnahme stets auf einem Umstand beruht, den der Käufer zu vertreten hat; der § 324 BGB., weil dann, wenn der Verkäufer selbst dem Käufer die Leistung der Abnahme unmöglich macht, der Verkäufer garnicht richtig angeboten hat und folgeweise die Leistung nicht fällig wurde.

§ 10.

Der Abnahmeverzug gewährt nun auch noch dem Verkäufer regelmäßig die Rechte des Annahmeverzuges, indem durch die Nichterfüllung der Abnahmepflicht der

1) Vergl. Romeick a. a. O. S. 62.

Käufer zugleich mit der Ausübung seines Gläubigerrechts in Verzug kommt.

Mannigfach sind die Rechte, welche der Verkäufer aus diesem Grunde geltend machen kann.

Er darf die gekaufte Sache hinterlegen (soweit sie hinterlegungsfähig ist), und wenn das nicht möglich ist, öffentlich versteigern lassen. Bei Grundstücken kann er nach vorheriger Androhung den Besitz aufgeben. Behält der Verkäufer die Sache bei sich, so kann er Ersatz der Mehraufwendungen für die Aufbewahrung und Erhaltung der Sache fordern. Außerdem beschränkt sich während des Verzuges des Käufers seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und er kann auch die Kosten, welche ihm das erfolglose Angebot verursacht hat, ersetzt verlangen.

Weil somit in der Person des Käufers Schuldner- und Gläubigerverzug zugleich vorliegt, entsteht für uns die Frage, ob mit den Rechtsfolgen, die mit dem Verzug des Käufers in der Erfüllung der Abnahmepflicht verbunden sind, die Befugnisse, welche sich für den Verkäufer aus dem gleichzeitig eingetretenen Annahmeverzuge des Käufers ergeben, in Einklang zu bringen sind, oder ob sie sich so widersprechen, daß nur eine Auswahl der Rechte möglich ist.

Jedenfalls ist es nicht richtig zu behaupten, der Schadensersatzanspruch des Verkäufers wegen Fortdauer der Gewahrsamspflicht sei erschöpfend geregelt in dem § 304 BGB., wie das Romeick[1] thut.

1) a. a. O. S. 65.

Daß Fälle denkbar sind, in denen der Verkäufer sich auf Grund des § 304 nicht schadlos halten kann, wird Romeick zugeben müssen, wenn er an folgendem Thatbestand seine Ansicht prüft: A hat an B einen Stier verkauft er soll noch einige Zeit bei ihm grasen und dann soll B ihn abholen. A teilt dem B mit, er habe den Stier auf Stall genommen, B möge ihn abholen. B kommt nicht. Später reißt der Stier sich los, beschädigt den Stall, verletzt den Wärter, daß er arbeitsunfähig wird. A erleidet durch diese Verzögerung des B einen großen Schaden, er hat nicht nur die Futter- und Wartekosten[1] über die bedungene Zeit hinaus zu tragen, auch sein Stall ist ihm ruiniert und als Tierhalter muß er dem Wärter durch Entrichtung einer Geldrente Schadenersatz leisten. (§§ 833 und 840 BGB.)

Die Futter- und Wartekosten kann er zwar auf Grund des § 304 BGB. ersetzt verlangen, aber einen allgemeinen Schadensersatzanspruch gewährt ihm das BGB. auf Grund des Gläubigerverzuges des Käufers nicht.[2] Er muß daher schon, wenn er den weiteren Schaden von sich abschütteln will, auf die Rechte des Schuldnerverzuges greifen, um mit Hülfe des § 286 sich schadlos halten zu können.

Zu demselben Ergebnis würde man nach gemeinem Recht kommen, da dort ebenfalls der Gläubigerverzug nicht auf Pflichtverletzung beruht und kein Verschulden erfordert.[3] Diejenigen, welche eine Annahmepflicht des

1) Für das gemeine Recht, vergl. Seuffert Bd. 13 Nr. 311

2) Oertmann zu § 304, Schollmeyer zu § 304, Dernburg bürgerl. Recht II 1. Abt. S. 160.

3) Vgl. Oertmann z. § 304.

Gläubigers lehrten, waren nur konsequent, wenn sie auch den Gläubiger im Fall des Annahmeverzuges zu vollem Schadensersatz verpflichteten.[1]

Daß die Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges sich mit denen des Gläubigerverzuges nicht decken, ist gewiß.

Fleck[2] ist nun der Ansicht, daß die alternative nicht die kumulative Konkurrenz der beiden Verzugskategorien das richtige sei. Er glaubt, daß von dem entgegengesetzten Standpunkt aus, die Lage des Käufers aufs höchste gefährdet und schutzlos der Willkür des Verkäufers preisgegeben wäre. So könne der Verkäufer dem Käufer die öffentliche Exekution androhen, sich dann aber im letzten Moment anders besinnen und die Waare unter der Hand verkaufen, obgleich der Käufer schon unter Aufwendung von Kosten Vorbereitungen getroffen hat, um bei der öffentlichen Exekution seine Interessen sachgemäß zu wahren.

Soweit wir dies verstehen, will Fleck damit sagen, daß der Verkäufer erst die öffentliche Versteigerung (§ 383 BGB.) androhen kann und dann beliebig davon abgehen und einen „Verkauf aus freier Hand" nach § 385 BGB. bewirken kann. Das sind aber beides Rechte, die dem Verkäufer auf Grund des Gläubigervorzuges zustehen, von einer kumulativen Konkurrenz der beiden Vorzugskategorien ist hier keine Rede. Was aber Fleck unter einem „Verkauf unter der Hand" verstanden wissen will, ist nicht klar. Will er etwa sagen, daß der Verkäufer auf Grund des § 326 vom Vertrage

1) So Wolff a. a. O. S. 487.
2) a. a. O. S. 259.

zurücktreten und dann für seine Rechnung die Ware anderweitig verkaufen kann (?), so trifft das auch nicht zu, denn wie wir wir gesehen haben, findet beim Abnahmevorzug, der § 326 keine Anwendung.

Weiter macht er auf die Konsequenzen hinsichlich der Gefahrtragung aufmerksam. Beim Schuldnerverzug muß der Gläubiger die vertragsmäßige Sorgfalt weiter beobachten, beim Gläubigervorzug hat er nach § 300 BGB. nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

„Wenn dem Nichtsäumigen die Kombination beider Arten gestattet ist, so könnte er nicht nur Schadensersatz fordern, sondern auch außerdem seine Aufbewahrungspflicht auf ein Minimum reduzieren."

Infolgedessen will Fleck dem Verkäufer die Wahl gestatten, die eine oder die andere Verzugsart hervorzukehren und die Rechte aus einer der beiden geltend zu machen.

Fleck beachtet nicht den von ihm an den Anfang seiner Erörterung gestellten Satz: „Der Gläubiger hat beim Schuldnerverzug die vertragsmäßige Sorgfalt zu wahren." Ausdrücklich ist zwar dieser Satz im BGB. nicht erwähnt, aber daraus, daß über die Haftung des Gläubigers in diesem Fall nichts gesagt ist, muß man schließen, daß das Gesetz es mit dessen Haftung beim Alten lassen wollte.

Prüfen wir nun an unserem obigen Beispiel wie die Haftung des Verkäufers sich im Fall des Abnahmeverzuges gestaltet.

1. A hat den verkauften Stier noch nicht angeboten, dann haftet er für omnis culpa, ja sogar für Zufall:

wenn infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, der Stier nicht geleistet werden kann, so verliert er seinen Anspruch auf den Kaufpreis.

2. Bietet A dem B den Stier an, indem er ihm z. B. schreibt, er habe das Tier von der Fense in den Stall gestellt, er solle es abholen, kommt aber B jetzt nicht, so befindet er sich im Annahmevorzug. Die Haftung des A beschränkt sich von diesem Zeitpunkt an auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, ist der Stier leicht fahrlässig nicht gehörig angebunden, reißt er sich los und verletzt sich dadurch, so trägt der Käufer den Schaden. Schlägt der Blitz in die Scheune ein, so muß der Käufer demnach den Kaufpreis zahlen (§ 324 Abs. 2). Ferner muß dieser auch dem Verkäufer die Mehraufwendungen (Futter- und Wartekosten) ersetzen. Hat aber dre Stier dem A noch weiteren Schaden zugefügt, dadurch, daß er den Stall beschädigte u. s. w., so kann A hierfür auf Grund des Gläubigervorzuges keinen Ersatz verlangen.

3. Das kann er erst, wenn B im Abnahmeverzuge ist, wenn also A nach Fälligkeit der Abnahme d. h. nach gehörigem Angebot des Stiers den Käufer zur Erfüllung seiner Abnahmeleistung gemahnt hat und wenn B nicht abnahm wegen eines Umstandes, den er zu vertreten hat. Jetzt ist B auch im Schuldnerverzug und die Haftung des Gläubigers A soll nach dem oben Gesagten hierdurch in keiner Weise beeinflußt werden, also haftet er nach wie vor nur für dolus und culpa lata

Durch den Abnahmeverzug, als Schuldnerverzug

wird ihm eben noch ein weiterer Schadensersatzanspruch gegeben.

Was nun die Beschränkung der Haftung des A auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit betrifft, so tritt diese nur ein bezüglich seiner Leistungspflicht d. h. wird seine Leistung infolge eines Umstandes verschlechtert oder unmöglich, den er leicht fahrlässig herbeigeführt hat, so hat er dies nicht zu vertreten. Behält also den Anspruch auf die Gegenleistung — den Kaufpreis. Anders wenn ihn infolge des Verzuges des Schuldners ein sonstiger Schaden trifft, an dessen Entstehung er leicht fahrlässig mitgewirkt hat.

In diesem Fall kommen die Grundsätze des § 254 zur Anwendung.

Wird also in unserem Beispiel die Leistung des Stieres unmöglich, so behält der Verkäufer den Anspruch auf die Gegenleistung, auch wenn er leicht fahrlässig die Beschädigung oder den Untergang des Stieres verursachte und er kann auch die Mehraufwendungen ersetzt verlangen. Den sonstigen Schaden aber, den der Stier anrichtet, kann er in vollem Umfange nur dann ersetzt verlangen, wenn ihn kein Verschulden trifft. Hat er aber auch nur fahrlässig zur Entstehung eines solchen Schadens beigetragen, so findet auf diesen Fall der § 300 BGB. keine Anwendung.

Kommt also der Käufer in Abnahmeverzug, so kann der Verkäufer außer den Rechten des Gläubiger auch die des Schuldnerverzuges geltend machen.[1]

1) Ebenso Cosack S. 444, Dernburg bürgerl. Recht II 1. Abt. S. 168, 2. Abt. S. 334, Motive Bd. II. S. 495, Barkhausen a. a. O. S. 48, Emrich a. a. O. S. 89.

Nicht anders ist es für den Unternehmer, wenn das Werk hergestellt ist. Bei denjenigen Werken, bei denen die Abnahme ausgeschlossen ist, kann der Unternehmer natürlich nur die Rechte aus dem Gläubigerverzuge geltend machen.

Dies werden in der Mehrzahl der Fälle Häuserbauten oder Reparaturen an Grundstücken sein und da hat denn der Unternehmer nach § 303 das Recht nach vorhergehender Androhung den Besitz des hergestellten Werkes aufzugeben und damit sind seine Interessen genügend gewahrt.